UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

L'APPORT EN SOCIÉTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après
a été présenté et soutenu le Mardi 16 Juin 1953, à 14 heures

PAR

Henry BLAISE
Lauréat de la Faculté

JURY :

Président : M. Roger HOUIN, Assesseur du Doyen, Professeur à la Faculté
Suffragants : M. André TRASBOT, Doyen honoraire, Professeur à la Faculté
M. Daniel VEAUX, Agrégé

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES, société coopérative, 22, rue de Nemours
—
1955

L'APPORT EN SOCIÉTÉ

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549209_0012

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

L'APPORT EN SOCIÉTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après
a été présenté et soutenu le Mardi 16 Juin 1953, à 14 heures

PAR

Henry BLAISE

Lauréat de la Faculté

JURY :

Président : M. Roger HOUIN, Assesseur du Doyen, Professeur à la Faculté
Suffragants : M. André TRASBOT, Doyen honoraire, Professeur à la Faculté
M. Daniel VEAUX, Agrégé

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES, société coopérative, 22, rue de Nemours
—
1955

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

al.	alinéa.
Ann. dr. com.	Annales de droit commercial.
art.	article.
Bull. Cass. civ.	Bulletin des Arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile).
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile, (jusqu'en 1947) ; Cour de cassation, Chambre civile, Section civile (depuis 1947).
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre civile, Section commerciale.
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle.
Cass. req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Cass. réun.	Cour de cassation, Chambres réunies.
Cass soc.	Cour de cassation, Chambre sociale.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
Cf.	Conférer (se reporter à).
Ch	Chapitre.
chr.	chronique.
col.	colonne.
Comp.	Comparer.
D.	Recueil Dalloz.
Dalloz Rep. alph.	Répertoire alphabétique Dalloz.
D. C.	Dalloz critique.
D. H.	Dalloz hebdomadaire.
D. P.	Dalloz périodique.
d. - l.	décret-loi.
Doctr.	Doctrine.

Ed.	Edition.
et s.	(n°...) et suivants. (pages...) et suivantes.
fasc.	fascicule.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
J.	Jurisprudence.
J. - Cl. civil.	Juris-Classeur civil.
J. - Cl. com.	Juris-Classeur commercial.
J. - Cl. Sociétés.	Juris-Classeur des Sociétés.
J. C. P.	Juris-Classeur périodique.
J. Soc.	Journal des Sociétés.
J. Trib. com.	Journal des Tribunaux de commerce.
L.	Loi.
Leg.	Législation.
loc. cit.	loco citato (passage cité).
mod. L.	(texte) modifié par la loi du...
op. cit.	opere citato (ouvrage précité).
p.	page.
par ex.	par exemple.
Rappr.	Rapprocher.
Rep. gen. Not.	Répertoire général du Notariat et de l'Enregistrement (Défrenois)
Rev. critique.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. gen. dr. com.	Revue générale de droit commercial.
Rev. Loy.	Revue des Loyers.
Rev. Soc.	Revue des Sociétés.
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
Rev. trim. dr. sociétés.	Revue trimestrielle du droit des sociétés.
Riv. dir. comm.	Rivista del Diritto commerciale.
S.	Recueil Sirey.
Sem. Jur.	Semaine juridique (devenue *Juris-Classeur périodique*).
som.	sommaire.
t.	tome.

Trib. civ. . . . . . Tribunal civil.
Trib. com. . . . . . Tribunal de commerce.
Trib. correct. . . . . . Tribunal correctionnel.
V. . . . . . Voir.
V° . . . . . Verbo (Mot).

MODE DE CITATION

Les traités et manuels concernant le droit commercial en général ou le droit des sociétés sont cités par le nom de leurs auteurs suivi, selon le cas, des abréviations :

Dr., com., s'il s'agit d'un ouvrage concernant l'ensemble du *droit commercial.*

Soc., s'il s'agit d'un ouvrage traitant de l'ensemble du *droit des sociétés.*

Soc. com., s'il s'agit d'un ouvrage traitant uniquement des *sociétés commerciales.*

Le titre complet de ces ouvrages généraux figure à la fin du volume sous la rubrique « *Bibliographie* ».

Pour les ouvrages ayant fait l'objet de plusieurs éditions, les références sont données à l'édition la plus récente sauf indication contraire .

L'ouvrage de M. Escarra : « Cours de droit commercial », est cité : Escarra, *Cours,...*

INTRODUCTION GENERALE

1. — De tout temps l'homme a compris que l'effort isolé risquait d'être stérile en matière économique comme dans les autres domaines : au contraire l'organisation de groupements se révéla capable d'accroître considérablement l'efficacité des activités individuelles en réalisant une meilleure combinaison des trois facteurs de la production : la terre, le capital et le travail. Du jour où se constitue un entreprise. c'est-à-dire une entité à la fois économique et juridique qui se propose la réunion de ces trois facteurs, le problème de son financement se pose (1) et lorsque l'entreprise prend la forme collective, comme c'est le cas dans les sociétés commerciales, il apparait indispensable que les membres du groupement participent tous à ce financement au moyen d'apports respectifs. L'apport se présente ainsi comme un mode de financement original d'une catégorie particulière d'entreprise, et cette réalité économique pose dès lors des problèmes juridiques complexes, car sur le plan du droit une différence essentielle existe selon que la personne qui procure à une société la propriété ou la jouissance d'un bien demeure en dehors du pacte social ou au contraire s'intègre à la communauté des associés.

SECTION I

ORIGINALITÉ DE L'APPORT EN TANT QUE MODE DE FINANCEMENT DES SOCIÉTÉS

2. — Dans l'entreprise individuelle, une partie des facteurs de la production est généralement fournie par l'entrepreneur lui-même. Celui-ci consacre, à la réalisation du but qu'il

1. — (1) Sur la notion d'entreprise, v. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, ch. VI : L'entreprise capitaliste; ESCARRA, *Cours* n° 91 et s.; HAMEL et LAGARDE, Dr. com., t. I, n° 205 et s.; L. SALLERON, *Six études sur la propriété collective*, Ed. Le Portulan, 1947. — La notion juridique d'entreprise a été l'objet d'études particulièrement approfondies lors du Congrès tenu à Luxembourg par l'Association Henri Capitant en 1947 : v. les *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, p. 39 et s.

poursuit, d'une part certains capitaux lui appartenant et d'autre par la totalité ou une partie de ses activités. A ces éléments productifs fournis par l'entrepreneur viennent s'ajouter ceux que l'entrepreneur se procurera au moyen de contrats : achats d'outillage ou de matières premières, baux concernant des locaux commerciaux, emprunts, contrats de travail. Il y a donc en matière d'entreprise individuelle de type capitaliste deux procédés par lesquels les éléments de la production sont mis à la disposition de l'exploitation : tantôt ces éléments sont fournis par l'entrepreneur lui-même, tantôt ils sont fournis par des tiers liés à l'entreprise par des contrats à titre onéreux leur assurant une rémunération mais non une participation complète à la vie de l'entreprise. Si l'on envisage uniquement le facteur de production qu'est le capital, on s'aperçoit dès lors qu'à un financement de l'entreprise résultant de l'affectation par l'entrepreneur d'éléments de son patrimoine à l'exploitation poursuivie, s'oppose un financement extérieur opéré grâce à des emprunts contractés auprès de bailleurs de fonds.

Il est permis de transposer cette opposition sur le plan de la société. Au lieu d'un entrepreneur unique, on trouve alors une collectivité d'associés à laquelle incombe la réalisation d'un but inscrit dans un pacte social. Et il apparaît immédiatement que les éléments patrimoniaux qui sont nécessaires à la société sont susceptibles d'être fournis soit par les associés au moyens d'apports, soit par les tiers au moyen de prêts. Est-ce à dire qu'il y ait une analogie complète entre la constitution du patrimoine d'une entreprise individuelle et la constitution d'un fonds social ? Ce serait une erreur de le croire. Si économiquement l'analogie semble très grande, juridiquement des différences profondes apparaissent tout au moins en droit positif.

En premier lieu l'affectation de certains biens à la poursuite de l'exploitation décidée apparait beaucoup plus précise en matière de société qu'en matière d'entreprise individuelle. Cela tient à ce que la plupart des sociétés sont considérées aujourd'hui comme des personnes morales. Le patrimoine commun étant alors dégagé des patrimoines individuels des membres de la société, son affectation à l'exploitation sociale devient aisée. La notion d'apport prend donc ici toute son importance. En matière d'entreprise individuelle en effet on ne pourrait véritablement parler d'apport de la part de l'entrepreneur que si celui-ci avait la possibilité de créer un patrimoine d'affectation sur lequel les créanciers qui auraient traité avec lui dans l'intérêt de l'entreprise auraient un droit de préférence par rapport aux créanciers ayant contracté pour un autre motif (1).

2. — (1) Cf. DE SOLA CANIZARÈS, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Rev. trim. dr. com. 1948, p. 376. — V. également une étude de M. GIRARDIER sur le même sujet, *Bulletin La S.A.R.L.*, 1951, n° 1, p. 12.

Pour que l'apport ait une signification réelle, il faut qu'il s'accompagne d'un changement d'affectation, non seulement économique, mais aussi juridique du bien qui en est l'objet. Cette situation se trouve réalisée dans la société personne morale, puisque les apports des associés constitueront le capital social, dont la fixité sera une garantie pour les tiers. L'apport correspondra donc à la fraction du patrimoine de chaque associé, mise par celui-ci à la disposition de la société et sur laquelle l'associé renonce à ses droits privatifs.

Il existe en second lieu une autre différence essentielle entre le financement de l'entreprise individuelle et celui de la société commerciale. Si en effet très généralement le propriétaire de l'entreprise individuelle fournit au moins une partie des capitaux nécessaires à l'entreprise, ce n'est en aucune manière pour lui une obligation. L'entreprise individuelle est libre d'emprunter la totalité des sommes qui lui permettront d'acheter l'outillage et les matières premières qu'elle utilisera pour son fonctionnement ; elle est libre de recourir exclusivement à un mode de financement extérieur. La société au contraire n'a pas le droit d'emprunter la totalité des capitaux dont elle a besoin. La législation française actuelle lui fait une obligation de constituer avant tout emprunt un fonds social à l'aide des apports des associés (2). Et les exigences légales concernant la constitution du fonds social seront particulièrement impératives, lorsque la responsabilité des associés étant limitée à leur apport, le fonds social sera le seul gage des créanciers de la personne morale. L'apport devient ainsi un élément indispensable de la société, puisque précisément il apparait équitable d'exiger des associés un sacrifice pécuniaire avant de demander aux tiers de concourir au financement de la société tout en demeurant extérieurs à l'entreprise sociale.

Il est possible du reste de regretter que parmi ceux qui mettent à la disposition de la société des biens ou des services, les uns s'intègrent à la personne morale en acquérant la qualité d'associé, tandis que d'autres ne sont liés à elle que par des liens contractuels résultant de conventions de droit commun. On pourrait concevoir pour le terme *apport* une notion extrêmement vaste, correspondant d'ailleurs à celle du langage courant, et dire que dans une société tous ceux qui à un titre quelconque participent plus ou moins étroitement à la vie de l'entreprise effectuent des apports. Les créanciers qui ont fourni des capitaux ou des marchandises, les travailleurs manuels ou intellectuels dont l'activité se dépense au profit de la société seraient des apporteurs au même titre que les associés proprement dits. Une telle conception admissible *de lege ferenda,* peut-être même

2. — (2) Ainsi en matière de société anonyme une émission d'obligations n'est possible que si le capital social est entièrement libéré. (L. 4 mars 1943, art. 2, al. 1.)

souhaitable sur le plan économique et humain, ne correspond en aucune manière à notre droit positif. Pour celui-ci l'apport est étroitement lié à la notion d'associé. L'apport suppose une attribution de droits sociaux : il constitue dès lors sur le plan juridique une opération de nature particulière.

SECTION II

ORIGINALITÉ DE L'APPORT EN TANT QU'OPÉRATION JURIDIQUE

3. — Même si l'on renonce à employer le mot « apport » dans son sens économique très large, pour ne retenir que son sens juridique précis, toute difficulté terminologique ne disparaît pas cependant. En effet l'expression « apport en société » recouvre en droit deux réalités distinctes. Cette expression désigne en premier lieu l'*opération juridique* consistant à mettre en commun certains biens et c'est ce sens que l'on envisage lorsque l'on parle des conditions ou des effets de l'apport. Mais il existe un second sens et l'expression « apport en société » désigne également le *bien* mis en commun par l'associé. On fait allusion à ce second sens lorsqu'on évoque par exemple la restitution des apports aux associés au moment de la dissolution de la société. De l'opération d'apport ou du bien apporté lequel mérite de faire l'objet d'une étude ? C'est en ces termes que la question semble se poser et pourtant il apparaît que pour envisager le problème de l'apport dans son ensemble, on ne peut pas opérer un tel choix car en le faisant on écarte du champ de son étude des points essentiels. C'est donc vers un cumul des deux sens de l'expression « apport en société » que l'on doit s'orienter. Cumul, ou mieux : synthèse. L'apport, n'est-ce pas la prestation qui est due par l'associé en échange de l'obtention de droits dans la société ? N'est-il pas dès lors possible d'envisager cette prestation tantôt sous l'aspect du bien qui doit être mis ou a été mis en commun et tantôt sous l'aspect de l'obligation pesant sur l'apporteur : mettre le bien à la disposition de la société ?

On ne saurait envisager l'opération d'apport en elle-même en faisant abstraction de l'infinie variété des valeurs économiques qui sont susceptibles d'être l'objet d'une telle opération. Et il serait également inopportun de ne considérer que les différents biens pouvant être mis en société sans chercher à établir les éléments permanents que l'on retrouve dans toute opération d'apport et notamment l'intégration de celle-ci dans le cadre de la société. La conception de la société que se fait une législation positive donnée ne peut manquer d'influer de manière impor-

tante sur la notion d'apport. Cette notion est donc appelée à varier à la fois en fonction de la nature de la société qui bénéficie de l'apport et en fonction des biens que concerne l'opération d'apport.

§ 1. — VARIATIONS DE LA NOTION D'APPORT EN FONCTION DES MODIFICATIONS DE LA NOTION DE SOCIÉTÉ

4. — Dès l'époque romaine classique, la société figure au petit nombre des contrats consensuels de bonne foi que connaissent les jurisconsultes latins et l'exigence des apports respectifs de la part des associés est déjà un élément du contrat. On est frappé de constater que le contrat de société, contemporain du début de l'ère chrétienne, présente une très grande analogie avec celui que l'on retrouve dans le Code civil. L'explication de cette analogie se découvre aisément. Les articles 1832 et suivants dudit Code trouvent en grande partie leur origine dans les ouvrages de Pothier et d'autres juristes de l'Ancien droit français, mais par delà ces auteurs c'est dans le Digeste ou le Code de Justinien qu'il faut rechercher la source véritable de ces dispositions (1). Certes entre le droit romain classique et la législation de 1804 quelques différences apparaissent. Principalement, pour mettre un apport en nature à la disposition de la société, les opérations matérielles de mancipation ou de tradition qui existèrent jadis ont disparu et la mise en commun s'opère aujourd'hui en règle générale du seul fait de l'accord de volontés des parties. Mais ce résultat était acquis dès l'époque de Justinien et de plus, même quand la mancipation existait, elle n'affectait que la réalisation de l'apport et non la naissance du contrat de société qui avait déjà une origine purement consensuelle.

Il est donc permis de poser comme principe général que le contrat de société organisé par le Code civil est calqué sur celui du droit romain et qu'en particulier à l'égard des apports peu de choses ont été modifiées au cours des longs siècles qui ont séparé les deux époques. Et c'est ce cadre juridique vétuste que constitue le contrat de société de l'époque napoléonienne qui va servir de base au prodigieux développement des sociétés de toute nature, auquel est dû pour une grande part l'essor écono-

4. — (1) V. sur ce point la thèse dactylographiée de M. René Peyre, *Les apports en société* (Montpellier, 1943) qui est consacrée à l'étude de l'évolution historique de la notion d'apport en société. Sur les caractères de l'apport en société en droit romain, v. également Copper-Royer et ses fils, *Traité des sociétés*, t. I, en particulier, p. 73 et 74.

mique des XIX[e] et XX[e] siècles. Mais pour parvenir à ce résultat il a été nécessaire que le contrat de société resté semblable à lui-même pendant des siècles soit depuis cent cinquante ans entraîné dans une incessante évolution législative, jurisprudentielle et doctrinale, où pour s'adapter aux réalités économiques nouvelles des théories hardies bouleversent les notions les plus solidement admises.

Il apparaît dès lors utile de se demander quelles modifications ont pu subir au cours de cette évolution les éléments fondamentaux du contrat de société traditionnel et en particulier le concept d'apport. Peut-on raisonnablement songer à soutenir que ce concept n'a pas été profondément transformé à la suite du développement en jurisprudence et en doctrine de la théorie de la personnalité morale, très largement appliquée en droit français contemporain ? Et de même comment considérer que la notion d'institution a pu dans le droit des sociétés se substituer dans une large mesure à celle de contrat sans que rien n'ait été changé en matière d'apport ?

Une évolution s'est produite et elle n'est pas niable : englobant tous les éléments de la notion de société, elle s'étend à la mise en commun des apports qui figure parmi ces éléments. Et il apparaît ainsi qu'il y a un intérêt certain à rechercher en matière d'apport en société ce qui subsiste du droit traditionnel et ce qui au contraire s'est modifié à l'époque moderne. Il semble utile de préciser quelles conséquences les transformations subies par le régime juridique de l'apport ont pu avoir sur la nature juridique de celui-ci.

A première vue on pourrait craindre que l'évolution du droit des sociétés n'ait retiré une grande partie de son intérêt à la notion d'apport. En effet cette notion apparaît dans la conception traditionnelle du contrat de société, comme étant empreinte d'une originalité très marquée. L'associé en mettant son bien à la disposition de la société opère au profit du groupement une sorte de transfert de propriété qui n'est pas sans rappeler celui réalisé par une vente ; mais il ne faut pas perdre de vue que l'associé fait partie du groupement et que dès lors par l'intermédiaire de celui-ci il conserve de larges prérogatives sur son bien, prérogatives d'autant plus importantes que les associés sont moins nombreux et que le groupement est moins individualisé. Si le patrimoine social fait l'objet d'une indivision ou s'il est possédé en main commune par la collectivité des associés, l'apporteur demeure dans une notable mesure propriétaire du bien mis en société. Or, du jour où s'affirme la personnalité morale du groupement, cette personnalité s'interpose entre le patrimoine social et les membres de la société. Les liens qui subsistent entre l'apporteur et son bien se font plus ténus.

Que dire alors de la situation à laquelle on aboutit lorsque la personne morale devenue une véritable institution s'évade de la base contractuelle pour former un centre d'intérêts entièrement distinct des intérêts particuliers de ses membres ? L'actionnaire d'une grande société anonyme moderne ne peut pas se considérer comme propriétaire des immenses usines qui composent le patrimoine social. Se désintéressant fréquemment des affaires de la société (2), il se borne le plus souvent à toucher un dividende qu'il souhaite aussi rémunérateur que possible. Le capitaliste sur le point d'effectuer un placement hésitera entre l'obligation, la part de fondateur ou l'action. Et s'il choisit cette dernière, ce ne sera pas généralement en considération du fait qu'elle seule lui confère la qualité d'associé, mais parce qu'elle lui apparaîtra comme un moyen plus efficace de sauvegarder son pouvoir d'achat, en période d'instabilité monétaire.

Dès lors et sans entrer dans les controverses qui se sont fait jour sur la nature juridique de l'action, on peut dire que l'actionnaire a acquis la mentalité d'un créancier. Certes sa « créance » est d'une nature spéciale puisqu'elle est soumise plus que d'autres aux risques de l'exploitation sociale, mais n'apparaît-elle pas tout de même en pratique très différente des droits sociaux traditionnels dont les pouvoirs de gestion reconnus à l'associé constituent un élément essentiel ? Dès lors si l'on est ainsi passé du stade de l'associé-propriétaire à celui de l'associé-créancier, l'apport n'a-t-il pas perdu cette originalité qui faisait son intérêt ? L'apporteur ne devient-il pas s'il met un bien à la disposition d'une société anonyme, un étranger à l'égard de ce bien au même titre qu'un vendeur ? On pourrait estimer qu'alors il suffirait de dire que l'apport en propriété équivaut à une vente, l'apport en numéraire à un prêt. L'intérêt de l'étude de l'apport s'en trouverait considérablement amoindri.

Cette situation se serait réalisée si l'évolution précédemment retracée s'était continuée dans le même sens, si l'on s'était avancé sans cesse dans la voie d'un renforcement du concept de personnalité morale et si la société anonyme s'était généralisée au point de faire pratiquement disparaître les autres types de sociétés. En fait il n'en a rien été et le mouvement de concentration industrielle, qui apparut irrésistible à une certaine époque, ne s'est pas poursuivi au rythme escompté. Dans le monde économique contemporain, une large place demeure occupée par de petites et moyennes entreprises qui restent attachées à la conception traditionnelle de la société de personnes mais en adaptant cette conception aux nécessités présentes. De nombreux commerçants et industriels se refusent à se laisser enfermer dans le dilemne : être absorbés par une

4. — (2) Cf. J. Perroud, *La condition de l'actionnaire*, Etudes offertes à G. Ripert, t. II, p. 319.

grande société de capitaux ou cesser toute activité. C'est pour répondre à leurs vœux que le législateur a institué la société à responsabilité limitée. Et dans ce type de société, l'on retrouve chez les membres du groupement l'état d'esprit des associés en nom, le sentiment que, malgré la personnalité morale de la société, l'apporteur est loin d'avoir perdu toute prérogative sur son apport.

L'apport s'éloigne ici de la vente pour recouvrer son originalité traditionnelle. Il la recouvre aussi du fait que la notion de personnalité morale apparaît aux juristes contemporains comme étant susceptible d'aboutir à des conséquences abusives si une trop grande extension lui est donnée (3). On s'efforce parfois maintenant de faire apparaître derrière la personne morale, les personnes physiques qui la composent. Et l'on rétablit de ce fait également les liens qui doivent exister entre les associés et le patrimoine social, au moins dans les sociétés pour lesquelles la conception contractuelle demeure admissible.

La variété actuelle des types de société ne peut dans ces conditions que renforcer l'utilité d'une étude sur l'apport. Selon la nature de la société qui en bénéficie, l'apport voit en effet certains de ses caractères essentiels se modifier. Ainsi dans une société destinée à durer pendant une période limitée, comme le sont ordinairement les sociétés de personnes, l'apport constitue pour l'associé qui l'effectue un dessaisissement provisoire destiné à prendre fin au moment de la dissolution de la société par le retour du bien apporté dans le patrimoine de l'apporteur. Au contraire ce caractère provisoire de l'apport s'estompe lorsque l'on envisage une société conçue pour dépasser la durée de l'existence humaine. Et les différences qu'entraîne en matière d'apport la nature de la société qui reçoit cet apport viennent se combiner avec d'autres différences qui, elles, résultent de la variété des prestations susceptibles de constituer l'objet d'un apport.

§ 2. — VARIATIONS DE LA NOTION D'APPORT EN FONCTION DE LA NATURE DU BIEN APPORTÉ

5. — Lorsque l'article 1833 du Code civil est intervenu pour prévoir que chaque membre d'une société doit apporter « ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie », il est vraisemblable que le législateur considérait qu'une certaine équivalence existait entre les trois catégories d'apports qu'il

4. — (3) P. Chauveau, *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, Rev. gén. dr. com. 1938, p. 397; J. Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr. p. 141.

distinguait ainsi : l'apport en numéraire, l'apport en nature, l'apport de travail (1). Tout au plus peut-on déduire de certaines dispositions du Code civil que l'apport en industrie était déjà alors traité en catégorie mineure, puisqu'en absence de dispositions statutaires concernant le partage des bénéfices et des pertes, l'apporteur en industrie s'est vu seulement reconnaître des droits égaux à ceux de l'associé ayant effectué l'apport le moins important (2).

Mais depuis 1804, les différences entre les variétés d'apport n'ont cessé de se développer. Les multiples lois qui sont venues enserrer d'une réglementation minutieuse le régime juridique de l'apport n'ont pas manqué de distinguer très souvent selon le bien faisait l'objet de cette opération. Alors que des mesures sont prises pour assurer une exacte évaluation des apports en nature notamment dans les sociétés anonymes, les dispositions concernant les apports en numéraire dans ces mêmes sociétés sont tout aussi précises mais très différentes. L'apport de certains biens particuliers, tel l'apport de fonds de commerce, donne lieu à une législation spéciale ; quant à l'apport en industrie, malgré la faveur dont on entoure aujourd'hui l'activité professionnelle créatrice, il continue à occuper une place qui n'est pas en rapport avec la valeur et l'utilité qu'il peut présenter : le fait qu'il ne puisse être évalué avec certitude et qu'il ne soit pas non plus susceptible d'être intégralement libéré lors de la conclusion du pacte social a conduit à l'écarter de bien des sociétés.

Cette diversité dans les régimes juridiques des différents apports en société s'accentue sans cesse et elle se justifie par le fait qu'il n'y a pas à proprement parler une nature juridique unitaire de l'apport : cette opération permet de réaliser aussi bien un transfert de droits réels, comme c'est le cas en matière d'apport en propriété, qu'une simple création d'obligation dans l'hypothèse de l'apport en industrie. Est-ce à dire qu'il n'existe entre les différentes variétés d'apports aucun lien commun ? On ne saurait l'admettre puisque l'intégration de tous les apports dans le cadre juridique, contractuel ou légal, que constitue la société permet de parvenir à grouper dans un concept fondamental unique les diverses catégories d'apport. Mais précisément l'originalité de l'apport réside dans les multiples aspects que peut prendre sa nature juridique selon l'objet de la prestation effectuée par l'apporteur. Alors que la nature juridique de la vente, du prêt et, dans une certaine mesure, du louage de choses demeure identique à elle-même quel que soit le bien

5. — (1) Il convient du reste d'ajouter à ces trois catégories traditionnelles d'apport, l'apport de crédit ou apport en garantie, qui présente des caractères particuliers. Sur cet apport, v. *infra* n^{os} 131 et 132.

(2) Art. 1853, al. 2. — V. *infra* note sous le n° 267.

sur lequel porte la convention, l'apport en société se rapprochera de tel ou tel contrat de droit commun suivant la catégorie de prestation qui viendra accroître la valeur du patrimoine social.

L'étude de la nature juridique de l'apport doit ainsi permettre de découvrir, à côté de notables différences, un certain nombre de traits communs aux diverses formes que peut revêtir la prestation effectuée par l'associé au profit du groupement dans lequel il s'intègre. L'analyse du régime juridique de l'apport conduira ensuite à montrer comment ces éléments variés se combinent actuellement dans le cadre de la société, contrat ou institution.

PREMIÈRE PARTIE

Nature juridique de l'apport en société

6. — Il est permis de définir l'apport en société comme étant la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux. Et il découle de cette définition que la notion d'apport présente une certaine unité du fait que la qualité d'associé est conférée à l'apporteur quelle que soit la nature du bien remis à la société. Si l'on envisage par exemple l'hypothèse d'une société à responsabilité limitée, on remarque ainsi que ce sont les mêmes parts sociales qui viennent rémunérer les apports en numéraire et les apports en nature. Donc malgré la diversité qui peut exister entre les prestations fournies par les apporteurs, une unité fondamentale est conférée à la notion d'apport, puisqu'en tout état de cause l'apporteur prend la qualité d'associé et se voit conférer les droits et prérogatives attachés à cette qualité.

Corrélativement l'apport en société se caractérisant par le fait qu'il met à la disposition de la société certaines valeurs économiques, un autre élément d'unité réside dans l'idée que tous les apports concourent au même but : la constitution d'un patrimoine social ou tout au moins l'affectation de certains biens à la poursuite de l'objet de l'exploitation sociale. Dès lors certains problèmes se posent dans des termes analogues pour toutes les variétés d'apport, telles les questions de savoir si l'apport est un élément nécessaire de la société, et s'il s'agit d'une opération synallagmatique ou d'un acte unilatéral. Mais comme on doit par ailleurs tenir compte assez souvent de la prestation fournie par l'apporteur, il est au contraire des problèmes propres à telle ou telle variété d'apport. Ainsi le problème de savoir si l'apport est un acte translatif de propriété ne soulève de difficultés qu'en ce qui concerne l'apport dit « en propriété ». En matière d'apport en jouissance en effet toute transmission de propriété est exclue par la volonté expresse des parties et en matière d'apport en industrie, cette exclusion résulte de la nature même des choses.

Il importe de constater que les éléments qui confèrent à la notion d'apport une certaine unité résident dans la contre-prestation fournie à l'apporteur par la société en rémunération des biens affectés à l'exploitation sociale. Cette contre-prestation ne varie pas (en ce qui concerne sa nature) en fonction de l'apport ; elle varie seulement suivant la forme de société que les parties choisissent. Les éléments de diversité apparaissent au contraire du fait de la prestation fournie par l'apporteur, les parties pouvant donner à cette prestation des objets très différents.

Aux éléments d'unité tenant à l'attribution de droits d'associé vont ainsi correspondre un certain nombre de caractères communs à tous les apports tandis qu'aux éléments de diversité tenant à la variété des prestations possibles va correspondre l'existence de caractéristiques propres à telle ou telle catégorie d'apport.

TITRE I

Caractères généraux communs à toutes les variétés d'apports

7. — C'est en établissant le caractère nécessaire de l'apport, autrement dit le fait qu'il ne saurait y avoir de sociétés sans apports, c'est en précisant ensuite la place occupée par l'apport dans le contrat de société et dans la société considérée comme une institution que l'on peut dégager la caractéristique essentielle de l'apport : l'attribution de droits sociaux en contre-partie de la prestation de l'apporteur.

Et en fonction de cette attribution de droits sociaux, il est possible de préciser davantage la nature juridique de l'apport, en opposant notamment cette opération à des opérations voisines, telles que le versement de primes d'émission ou la rémunération d'une prestation au moyen de parts de fondateur.

CHAPITRE PREMIER

L'apport élément nécessaire de la société

8. — Du fait qu'un groupement de nature économique ne peut subsister que s'il dispose des ressources suffisantes pour mener à bien la tâche qu'il s'est assignée, il apparaît indispensable que la société ait à sa disposition des éléments patrimoniaux susceptibles de permettre la réalisation du but qu'elle poursuit. Les associés ne peuvent conserver personnellement l'intégralité de leurs droits sur la totalité de leurs biens : ils doivent nécessairement affecter certains éléments de leur patrimoine à la poursuite de l'exploitation prévue par le pacte social.

Certes le problème de la mise en commun de certains biens, autrement dit celui des apports à effectuer par les associés, semble avoir été étranger aux premiers types de sociétés connus. C'est ainsi que dans le *consortium familiae* qui existait en droit romain à l'époque de la loi des XII Tables le patrimoine social se constituait par la force même des choses et sans qu'il y ait à proprement parler apport de la part des associés puisqu'il s'agissait de la continuation, par les héritiers d'un même chef de famille, de la gestion des biens laissés par celui-ci (1).

Mais si l'on peut avec une certaine exactitude voir dans le *consortium* antique l'ancêtre des sociétés modernes, on doit remarquer que cette communauté fondée sur des liens familiaux ne constituait cependant encore qu'une indivision organisée. Et du jour où la société se créa sur une base contractuelle entre des personnes qui, n'étant pas forcément parentes ou amies, s'unissaient seulement pour l'accomplissement d'un but déterminé, généralement de nature commerciale, la nécessité d'une communauté de biens réalisée au moyen des apports respectifs des associés apparut avec une force particulière.

Le caractère nécesaisre de l'apport ne découle-t-il pas en effet logiquement de cet élément caractéristique de la société que constitue *l'affectio societatis* ? Il apparaît indispensable de

8. — (1) Cf. E. del Chiaro, *Le contrat de société en droit romain*, thèse Nancy, 1928, p. 6.

rechercher le fondement de la société dans cet *affectio societatis* dont on a pu dire qu'il était constitué à la fois par une volonté d'union et par une volonté de participer aux risques de l'entreprise (2). Mais précisément c'est par l'apport que se réalise dans une large mesure sur le plan des faits cette intention d'entrer en société : la mise en commun des biens apportés par les associés traduit la volonté d'union qui existe entre ces associés, et de plus l'apport joue un grand rôle en ce qui concerne la participation des membres de la société aux aléas de l'entreprise. Ainsi dans l'hypothèse où l'exploitation sociale aboutit à des pertes, l'associé risque en premier lieu de voir ces pertes absorber l'intégralité de son apport ou bien d'être exposé à avoir fourni un travail qui ne lui procurera en fin de compte aucune rémunération. Souvent du reste le montant de l'apport constituera la limite de la responsabilité de l'associé : il en est ainsi à l'égard des actionnaires et des membres des sociétés à responsabilité limitée.

Dés lors, fondé sur l'idée d'*affectio societatis*, l'apport apparaît inhérent à la notion même de société, et du jour où la notion de société se double de celle de personne morale, la nécessité de l'apport se manifeste encore plus nettement. L'attribution de la personnalité juridique à une société fait de celle-ci un sujet de droit ayant la possibilité d'être titulaire d'un patrimoine. Et c'est aux associés qu'il appartient en premier lieu de contribuer à la constitution de ce patrimoine (3).

Sans doute il ne paraît pas inconcevable d'imaginer *de lege ferenda* une société dans laquelle aucun apport de la part des associés ne serait prévu et où tous les éléments du patrimoine originaire auraient été fournis par des prêteurs qui n'entreraient pas dans le pacte social. Mais une telle solution ne paraît en aucune manière souhaitable : elle permettrait en effet des combinaisons frauduleuses et présenterait les plus graves dangers pour les créanciers qui consentiraient des prêts à un tel groupement, car leur gage serait fort aléatoire.

Aussi comprend-on qu'il ait paru indispensable au législateur français de consacrer le principe de la nécessité des apports. L'article 1832 du Code civil contient une définition du contrat de société qui fait nettement apparaître le caractère nécessaire de l'apport, puisque cet article déclare que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque chose en commun...* » Et cette mise en commun qui apparaît ainsi comme étant, en droit positif, de l'essence du contrat de société, est précisée dans l'article 1833, alinéa 2, rédigé en ces termes : « Chaque associé *doit... apporter* ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ».

8. — (2) J. HAMEL, *L'affectio societatis*, Rev. trim. dr. civ., 1925, p. 761.
(3) V. *supra* n° 2.

Toutefois si de telles dispositions se justifient à titre de principe général, on pourrait songer à en limiter la portée soit en écartant la règle de la nécessité des apports dans certains types de sociétés, soit en permettant aux pactes sociaux de dispenser un ou plusieurs associés de tout apport. De telles limitations apparaissent erronées et ceci, aussi bien en droit positif où elles se heurtent à des textes formels, que *de lege ferenda,* car elles méconnaissent l'idée d'*affectio societatis.* L'apport est nécessaire, et pour remplir son office, il doit être réel et évaluable en argent. L'absence d'apports ou l'existence d'apports fictifs ne peuvent qu'être condamnées.

SECTION I

NÉCESSITÉ DES APPORTS DANS TOUS LES TYPES DE SOCIÉTÉS

9. — C'est dans un arrêt du 15 décembre 1920 (1) que la Cour de cassation, se fondant sur les termes de l'article 1832 du Code civil, a sous une forme particulièrement nette affirmé le principe de la nécessité des apports, en déclarant que « la constitution d'apports forme une des conditions essentielles du contrat de société ». En adoptant cette position la Chambre des requêtes ne faisait que consacrer une solution bien établie en doctrine comme en jurisprudence, et toujours maintenue depuis lors (2).

On pourrait cependant être tenté de mettre en doute la portée absolue du principe de la nécessité des apports, en faisant notamment valoir le fait que ce principe trouve une de ses justifications dans la théorie de la personnalité morale. Puisqu'en effet un des intérêts de ce principe est d'assurer aux créanciers sociaux un gage indispensable et que par ailleurs un autre argument invoqué en sa faveur réside dans l'utilité de la constitution d'un patrimoine commun pour permettre à la société la réalisation des opérations qu'elle se propose d'accomplir, il est possible de se demander si la nécessité des apports est liée non pas au concept de société, mais à la notion de personnalité morale.

9. — (1) Cass. req. 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17, note BOURCART.

(2) V. en doctrine : LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, n° 14; HOUPIN et BOISVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 49; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*,, t. I, n° 16; THALLER et PERCEROU, *Dr. com.*, n° 233; R. ROUSSEAU, *Soc.*, t. I, n° 68; HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 29; ESCARRA et RAULT, *Soc.*, t. I., n° 110; ESCARRA, *Cours*, n° 513; RIPERT, *Dr. com.*, n°s 572 et 790; HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, t. I, n° 387; — en jurisprudence : Paris 14 avril 1883, D.P. 1884. II. 122; Lyon, 13 déc. 1922, Rev. Soc., 1923, 463; cf. également, Cass. com., 25 juill. 1949, Gaz. Pal. 1949. II. 323; J.C.P. 1950. II. 5798.

Sans doute doit-on admettre que des apports peuvent être faits à des groupements n'ayant pas la personnalité morale : de longue date on a reconnu ainsi la possibilité d'effectuer certains apports au profit d'associations non déclarées. Mais si l'on prend précisément le cas des associations, on voit que certains membres de ces groupements peuvent parfaitement être dispensés de tout apport : les cotisations par exemple peuvent n'être demandées qu'aux membres les plus fortunés de l'association et le groupement admettra ainsi dans son sein des personnes n'ayant effectué aucun apport. Il paraît même possible de concevoir des associations dans lesquelles aucun apport ayant une valeur patrimoniale ne serait fait et en tout cas il n'existe pas en ce qui concerne les associations un principe aussi strict que celui de la nécessité des apports en matière de société (3).

Ne peut-on pas dès lors conclure que si dans les sociétés civiles ou commerciales l'apport est exigé de manière aussi impérative, cela tient seulement à la nécessité de constituer un patrimoine qui soit le gage des créanciers sociaux. La nécessité des apports supposerait donc l'existence possible d'un passif social : le patrimoine ne serait constitué que pour faire face à ce passif et pour donner un gage appréciable aux créanciers qui contracteraient avec la société ou avec les associés agissant pour le compte de la société. Or en droit français où les notions de patrimoine sans titulaire et de patrimoine d'affectation n'ont guère eu de succès, on ne conçoit l'existence d'un actif et d'un passif sociaux que si la société est douée de la personnalité morale. Dès lors si une société n'a pas la personnalité morale comme c'est le cas des sociétés en participation, le problème des apports se pose en termes différents et puisqu'il n'y a pas nécessité de constituer un gage pour les créanciers sociaux, on pourrait croire que les apports ne sont pas ici un élément nécessaire du contrat. Il importe de montrer l'inexactitude de cette conception en prouvant que la nécessité de l'apport existe même pour les sociétés qui n'ont pas la personnalité morale, sans pour cela méconnaître que l'existence ou l'absence de personnalité morale exerce une influence importante sur la réalisation des apports.

10. — La majorité de la doctrine française (1) se refuse aujourd'hui à écarter du domaine de la société en participation le principe de la nécessité des apports. Les auteurs affirment

9. — (3) Sur les apports dans les associations, v. HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.* t. I, nos 5 et 10; J. HARDOIN, *Les apports aux associations de la loi du 1er juillet 1901*, thèse Rennes, 1933.

10. — (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.* t. II-2, n° 1059; ESCARRA et RAULT, *Soc.* t. I, n° 486; RIPERT, *Dr. com.*, n° 790; HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, n° 508.

que l'obligation d'effectuer un apport pèse sur les participants comme sur les membres des autres sociétés. Et cette solution paraît très pertinente, car elle trouve à la fois un fondement légal dans l'article 1832 et une justification doctrinale dans le fait que la société en participation poursuivant la réalisation d'un objet social, cette réalisation suppose que les associés ont pris l'engagement de fournir certaines prestations.

Pourtant la nécessité des apports dans la société en participation a été mise en doute par une jurisprudence déjà ancienne. L'on trouve en effet un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1857 (2) qui considère qu'il peut y avoir association en participation sans apport social. Dans une étude sur « la condition juridique de l'apport dans l'association en participation » (3) J. Bonnecase fournit un exemple de ces associations en participation dans lesquelles « on ne rencontre pas d'apport dans le vrai sens du mot ». Il propose à ce sujet l'hypothèse suivante : un négociant envisage l'achat d'une cargaison de marchandises, mais il craint, au cas où cet achat se solderait en fin de compte par une perte importante, de se trouver dans une situation extrêmement précaire. Pour se garantir contre ce risque, il cherchera à former avec un tiers une association en participation et J. Bonnecase envisage la possibilité d'une clause stipulant que le tiers, sans rien débourser pour l'achat de la cargaison, prendra l'engagement de supporter une partie des pertes, moyennant la reconnaissance d'un droit aux bénéfices dans l'hypothèse où l'opération s'avèrerait fructueuse.

Il semble impossible de considérer que dans cet exemple fourni par J. Bonnecase le contrat envisagé présente le caractère d'une société (4). Si la convention envisagée comporte la participation aux bénéfices et aux pertes et un certain *affectio societatis,* il y manque en effet l'existence d'apports qui pourtant figure également au nombre des éléments constitutifs de la société. Les termes des article 1832 et 1833 sont extrêmement généraux et l'on doit appliquer les dispositions de ces textes à la société en participation.

Il apparaît du reste nettement que si certains arrêts (5) ont pu au cours du XIX[e] siècle consacrer l'existence d'associations

10. — (2) Cass. req. 11 mai 1857, D.P. 1857. I. 303.

(3) *Ann. dr. com.*, 1908, p. 5 et s.

(4) Dans la suite de son étude, J. Bonnecase lui-même reconnaît du reste (note 2, p. 14 de l'article précité) : « Nous faisons toutes nos réserves en ce qui concerne cette sorte d'association en participation que nous avons signalée et qui se propose simplement la division d'un risque. La mise en commun en est évidemment absente et cette circonstance ne contribue-t-elle pas à faire de cette opération un contrat innommé, plutôt qu'une véritable association en participation. »

(5) V. notamment Cass. req. 11 mai 1857 précité.

en participation sans apports, c'est en vertu de l'opinion admise à l'époque et selon laquelle l'association en participation n'était pas une véritable société (6) mais constituait seulement une forme de *collaboration*. Or, depuis ces arrêts est intervenue la loi du 24 juin 1921 qui, modifiant les articles 47 et suivants du Code de commerce, dispose dans l'article 49 nouveau dudit Code que « les associations en participation *sont des sociétés*... » Par ce texte le législateur a mis le point final aux controverses qui s'étaient élevées sur la question de savoir s'il fallait ou non considérer les associations en participation comme de véritables sociétés. Il leur a rendu par là même applicables les dispositions des articles 1832 et 1833 du Code civil concernant la mise en commun des apports, dans la mesure où l'on avait pu douter de l'application de ces textes aux associations en participation sous le régime antérieur. Par conséquent à défaut d'apports, une convention ne présentera pas le caractère d'une société en participation : dans l'exemple précédemment cité il y a un contrat innommé, valable parce qu'il ne heurte pas l'ordre public, mais qui ne peut prétendre à la qualification de société.

La convention envisagée par J. Bonnecase se rapproche du reste autant de l'assurance que de la société : il est en effet possible à une personne qui craint d'avoir à supporter une perte à la suite d'opérations commerciales de s'assurer contre cette perte ; l'assurance entraîne déplacement d'un risque, lequel est pris en charge par un autre que celui sur qui il pèse normalement. Dans l'hypothèse étudiée il n'y a du reste pas véritable assurance, puisque pour échapper à une perte éventuelle, le négociant versera non pas une prime forfaitaire mais un pourcentage des bénéfices réalisés. La convention intervenue entre le commerçant et son soi-disant associé se présente en définitive comme un contrat synallagmatique éminemment aléatoire puisque le tiers assume une partie des risques en échange d'une portion éventuelle des bénéfices. Dans la société, au contraire, la prestation fournie par chaque co-contractant est l'apport et la contre-prestation qu'il reçoit en échange est l'attribution de droits sociaux parmi lesquels la participation aux bénéfices et aux pertes.

11. — Il est bien évident que si le contrat indiqué par J. Bonnecase comme exemple d'association en participation sans apports ne peut prétendre à la qualification de société, il est cependant assez voisin de cette qualification. Pour que le contrat envisagé devienne société il suffit que le tiers promette d'effectuer un apport : en pratique la situation peut revenir

10. — (6) Cette opinion se trouve encore soutenue dans des ouvrages du début du XX[e] siècle, par ex. dans la 1[re] édition (parue en 1908) du *Traité des sociétés commerciales* de THALLER et PIC (t. I, n° 150, p. 182).

sensiblement au même dans les deux cas, mais la qualification juridique sera différente. En effet l'absence de personnalité morale des sociétés en participation entraîne de grandes libertés en ce qui concerne la réalisation des apports (1). Les parties peuvent même décider qu'elles resteront propriétaires de leurs apports, tout se réglant à la liquidation sous la forme d'un compte entre elles avec utilisation du procédé de la compensation.

Pour cette raison la différence pratique existant entre la société en participation et le contrat analysé par J. Bonnecase peut apparaître assez ténue surtout lorsque l'apport prévu pour un associé est minime eu égard au pourcentage reconnu à cet associé dans les bénéfices et dans les pertes. Mais pour qualifier avec précision le contrat de société, il faut exiger que tous les éléments constitutifs en soient réunis et, de même que l'existence ou l'absence de l'*affectio societatis* permettra de distinguer la qualité d'associé et celle de prêteur participant aux bénéfices (2), de même l'existence ou l'absence d'apports permettra de distinguer la société d'opérations en apparence très voisines (3).

Il faut donc ramener à de justes limites la souplesse de la société en participation : cette souplesse peut permettre d'utiliser pour la réalisation des apports faits à ce groupement des procédés qui ne sauraient être employés dans d'autres types de société mais cette souplesse ne peut autoriser à reconnaître l'existence de sociétés en participation sans apports (4).

La nécessité de l'apport apparaît en définitive comme étant liée non pas à l'existence de la personnalité morale, mais comme étant impliquée par la notion de société. Les seuls fondements que l'on puisse reconnaître en droit positif français à la nécessité pour les associés de faire un apport sont les articles 1832 et 1833 du Code civil et ces textes placés en tête du Titre intitulé

11. — (1) V. les différents modes de réalisation des apports dans les sociétés en participation, *infra* n° 103.

(2) Rappr. RIPERT, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation*, Ann. dr. com. 1905, p. 53.

(3) Il importe du reste de remarquer, toujours en se plaçant dans l'hypothèse du négociant qui cherche à faire assurer une partie des risques d'une de ses opérations par un tiers, que l'exigence d'un apport serait satisfaite si ce tiers cautionnait l'engagement du négociant. Dans l'hypothèse prévue en effet, le négociant achète une cargaison de marchandises; si cette cargaison n'est pas payée comptant par le négociant et si le tiers cautionne vis-à-vis du vendeur (sans révéler l'existence de la société en participation) l'obligation de l'acquéreur, on peut considérer que, par ce cautionnement, le tiers accomplit au profit d'une société en participation une prestation susceptible d'être valablement qualifiée d'apport et qui lui ouvre ainsi la possibilité d'acquérir des droits d'associé et, en particulier, le droit de participer aux bénéfices et aux pertes.

(4) Cf. Saïgon, 15 janv. 1954, Gaz. Pal. 1954. I. 192; — rappr. Cass. com. 7 juill. 1953, Bull. Cass. civ. 1953, III, n° 254, p. 179.

« Du contrat de société » et figurant sous la rubrique « Dispositions générales » sont dès lors applicables à tous les types de sociétés. La mise en commun de certains biens par les associés, ainsi prévue par ces textes, est nécessaire pour que le contrat mérite d'être appelé société. Les pouvoirs des parties sont en effet excessivement limités en ce qui concerne la qualification de leurs conventions ; elles ne peuvent donc appeler valablement société un contrat dans lequel il ne serait pas prévu d'apports. Comme l'a dit M. Ripert sous une forme particulièrement nette : « Il n'y a pas de sociétés sans apports » (5). C'est du reste à très juste titre que le droit positif a consacré une solution aussi rationnelle : admettre qu'il puisse exister des sociétés dans lesquelles aucun apport ne serait prévu, ce serait retirer à la notion de société l'un de ses éléments essentiels de qualification et partant en faire un concept plein d'incertitude et d'imprécision.

*
* *

12. — Mais s'il apparaît absolument indispensable de prévoir des apports au moment de la constitution de toute société, un problème délicat se pose lorsqu'une société est précédée d'un avant-contrat. Il est en effet permis de se demander si cet avant-contrat doit déjà comporter l'indication des apports. La Cour de cassation (1) s'est prononcée en faveur de l'exigence de la détermination des apports, dès la promesse de société. Elle a considéré qu'en présence d'une promesse de ce genre dans laquelle il n'était aucunement question des apports à effectuer, une cour d'appel avait pu à bon droit rejeter la demande du bénéficiaire de la promesse qui ne pouvant en obtenir l'exécution avait sollicité de la justice des dommages-intérêts compensatoires.

Plus récemment la Cour de Rabat (2) a également déclaré dénué d'effets un projet de société à responsabilité limitée qui laissait dans une grande incertitude le montant définitif des apports de chacun des associés.

Ces solutions méritent d'être approuvées. Sans doute les auteurs (3) font-ils remarquer à juste titre qu'il serait abusif d'assimiler la promesse de société à la société et qu'il serait excessif de décider qu'une telle promesse n'est valable que si elle remplit toutes les conditions requises pour l'existence de la société qu'elle est destinée à fonder.

11. — (5) Ripert, *Dr. com.*, n° 790.

12. — (1) Cass. req. 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17.

(2) Rabat, 15 mars 1949, J.C.P. 1949. II. 5223, note Bastian.

(3) Labbé, note sous Toulouse, 22 juin 1872, S. 1873. II, 169., spécialement colonne 3; Perroud, note sous Cass. req. 19 fév. 1907, S. 1912. I. 217; Bourcart, note sous Cass. req. 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17.

Mais encore faut-il pour que la promesse de société soit valable que l'accord de volonté des parties ait été réalisé sur les éléments essentiels du contrat. Il sera ainsi nécessaire que les parties aient respecté les dispositions de l'article 1108 du Code civil en donnant à leurs obligations « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». Aussi considère-t-on en doctrine (4) que la promesse de société ne sera valable que si le consentement des parties s'est exprimé quant à l'objet de l'exploitation qui sera entreprise par la future société et quant aux apports respectifs des parties.

La Cour de cassation par son arrêt précité du 15 décembre 1920 a donc sanctionné une solution doctrinale traditionnelle. Et l'on aperçoit ainsi que l'apport est non seulement un élément essentiel et nécessaire du contrat de société, mais que c'est un des points sur lesquels l'accord des parties doit être réalisé en premier lieu. En effet alors qu'il est possible de remédier au silence des parties quant à la durée de la société et quant au partage des bénéfices en faisant application des dispositions du Code civil à ce sujet (5), il n'est pas possible de présumer quelle a pu être la volonté des parties en ce qui concerne l'étendue et l'objet des apports.

En cas de silence des parties sur les apports, la promesse de société elle-même ne sera donc pas valable : non seulement il ne sera pas possible de la transformer en société, ce qui selon la doctrine dominante (6) ne pourrait en aucun cas être exigé par suite de la règle : « *Nemo potest praecise cogi ad factum* », mais l'inexécution de la promesse de société ne sera même pas sanctionnée par des dommages-intérêts, toutes les fois que cette promesse ne sera pas valable par suite du défaut d'un élément essentiel, en l'espèce par suite de l'absence d'indication du montant des apports.

Mais lorsqu'il s'agit d'une promesse de société, il n'est pas question d'une libération immédiate des apports : l'élément requis est l'accord de volonté des parties sur les apports qui seront effectués un jour. Et l'on peut à partir de cette idée préciser quelle est la portée exacte du principe de la nécessité des apports. Ce qui est nécessaire c'est que le contrat de société prévoie comme obligation à la charge de chaque associé un apport déterminé. Mais il peut y avoir lors du contrat de société simple promesse d'apport, simple engagement de l'associé de mettre tel bien à la disposition de la société: Sauf lorsque la loi exige une libération immédiate des apports, le simple enga-

12. — (4) Perroud et Bourcart, notes précitées.

(5) Art. 1869 et 1871 en ce qui concerne la durée de la société; art. 1853 en ce qui concerne le partage des bénéfices.

(6) Pic et Kréher, *Soc com.* t. I, n° 442; Houpin et Bosvieux, *Soc.* t. I, n° 82; Perroud et Bourcart, notes précitées.

gement de l'associé d'effectuer l'apport prévu suffit à ce que la société soit valablement constituée et puisse commencer à fonctionner.

Du moins faut-il que l'engagement d'effectuer un apport ait été pris par chacun des membres de la société. Il est en effet nécessaire non seulement que le contrat de société prévoie l'existence d'apports, mais encore que la charge d'effectuer les apports soit répartie entre tous les associés.

SECTION II

NÉCESSITÉ D'UN APPORT DE LA PART DE CHAQUE ASSOCIÉ

13. — *De lege ferenda* on peut concevoir l'existence d'une société dans laquelle certains associés effectueraient des apports et d'autres n'en effectueraient pas. Cette situation se trouve par exemple rendue possible aux Etats-Unis d'Amérique où, dans les sociétés anonymes, l'admission des actions sans valeur nominale (*no par value*) permet l'attribution gratuite de ces titres à des personnes n'ayant effectué aucun apport (1). Une telle solution ne semble pas échapper à toute critique : elle expose en effet les créanciers sociaux aux plus grands risques et en raison des abus auxquels elle est susceptible de conduire (2), on ne peut qu'approuver le législateur français de l'avoir écartée.

Il apparaît fort satisfaisant que les termes très nets de l'article 1833 qui considère l'obligation de faire un apport comme *pesant sur chaque associé* fassent obstacle à la validité en droit positif d'une société dans laquelle certains associés auraient été, dans un dessein de libéralité, dispensés d'apport. Pourtant le caractère impératif de ce texte a été parfois mis en doute et il a été soutenu (3) que l'attribution de droits d'associé à un contractant qui ne ferait cependant aucun apport

13. — (1) LAGARDE, *L'action sans valeur nominale*, Travaux juridiques de l'Université de Rennes, t. XII, 1932, p. 219 et s. — V. également POLTI, *L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes*, Rev. trim. dr. com., 1950, p. 557.

(2) C'est ainsi qu'aux Etats-Unis un certain nombre de lois sont intervenues pour réprimer les fraudes et les abus auxquels donnait lieu, en raison de sa souplesse, le financement des sociétés dites *corporations* : plusieurs Etats ont adopté des lois (les *blue sky laws*) destinées à protéger le public contre les titres derrière lesquels il n'y a que du « bleu ciel » (LÉPARGNEUR, *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, p 292).

(3) Ch. BEUDANT. *Cours de Droit civil*, t. XII par R. RODIÈRE et A. PERCEROU, n° 393.

serait possible dans certains cas : si la clause était acceptée par tous les associés, il y aurait libéralité apparente ou déguisée laquelle pourrait être valable si elle n'était pas frauduleuse.

Bien entendu les auteurs qui soutiennent cette opinion admettent d'abord que si le défaut d'apport de l'un des associés avait été dissimulé à certains des co-associés, ceux-ci auraient une action en nullité fondée sur cette dissimulation. De même le défaut d'apport de l'une des parties aurait pour conséquence la nullité de la société toutes les fois que son résultat serait d'affranchir la partie dispensée de l'apport de toute participation aux pertes. La participation de tous les associés aux bénéfices et aux pertes est en effet une condition de validité du contrat de société (4). Lorsque la responsabilité d'un associé est limitée à son apport comme c'est le cas d'un commanditaire, d'un actionnaire ou d'un membre de société à responsabilité limitée, si cet associé n'effectuait pas d'apport il n'y aurait pour lui aucun risque de perte et ne serait-ce que pour cette raison on ne peut concevoir dans ces hypothèses qu'un associé puisse valablement être dispensé de faire un apport.

Aussi les auteurs qui admettent une attribution de droits d'associé à un contractant ne fournissant aucun apport limitent-ils cette possibilité au cas où le défaut d'apport ne fait pas disparaître la participation aux pertes, c'est-à-dire dans le cas d'associés en nom, de commandités, et de membres de sociétés en participation. Mais même ainsi contenue dans d'étroites limites cette théorie ne paraît pas satisfaisante.

Admettre la possibilité qu'un associé soit dispensé de tout apport par suite d'une intention de libéralité de la part de ses co-associés, c'est aller à l'encontre des articles 1832 et 1833 du Code civil. Or le respect de ces articles est nécessaire si les parties veulent que leur convention puisse être qualifiée de société, si elles désirent en particulier créer une personne morale.

Au cas où l'une des parties ne ferait aucun apport, la convention ne sera pas du reste *ipso facto* nulle. Tout ce qu'il est permis de dire c'est qu'elle ne vaudra pas comme société. Mais elle pourra être exécutée à un autre titre : les contrats de collaboration, les ententes sont des conventions valables en droit français ; elles se distinguent de la société en ce qu'il n'y a pas d'apports mais un simple travail en commun (5).

14. — Une donation ne pourra donc être réalisée sous l'apparence d'une société, en stipulant que l'associé que l'on désire gratifier sera dispensé de tout apport. Mais si la donation est

13. — (4) Art. 1855, al. 2, C. civil; — cf. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 50.

(5) Ripert, *Dr. com.*, n° 572.

intervenue antérieurement au contrat de société, le donataire pourra faire apport du bien qui lui aura été donné même si le donateur figure au nombre des associés. La Cour de cassation a admis cette solution dans un arrêt du 5 janvier 1886 (1) en décidant « que l'apport d'un associé est valable, à quelque titre qu'il en soit propriétaire, qu'il lui provienne d'un achat, d'un prêt, d'une créance ou d'une libéralité ». Empêcher l'apport d'un bien par une personne sous prétexte qu'elle n'en serait propriétaire qu'à la suite d'une libéralité, c'est, déclare la Chambre civile dans ce même arrêt, « imposer à la constitution d'un apport en société des conditions qui n'ont point été prescrites par la loi ». Ainsi les parties disposent-elles d'un moyen indirect de dispenser un associé de tout apport : c'est de lui faire préalablement une donation, laquelle peut même revêtir l'aspect d'un don manuel (2).

Lorsque l'objet de la donation est apporté en société par le donataire, les principes juridiques précédemment dégagés sont sauvegardés : la donation ayant rendu le donataire propriétaire du bien, les articles 1832 et 1833 du Code civil seront respectés et en l'absence de toute fraude l'apport sera valable (3). Mais en pratique l'opération cachera souvent une manœuvre frauduleuse : tantôt le but sera de tourner les droits du fisc, tantôt les droits d'héritiers réservataires, tantôt les droits des créanciers de l'associé donateur. Il sera possible dans ces deux derniers cas, en démontrant la fraude, de faire révoquer la libéralité consentie à l'apporteur : ce qui aura pour effet d'entraîner le retour du bien apporté dans le patrimoine frauduleusement appauvri de l'associé donateur.

On doit donc décider que si l'apport de biens provenant d'une libéralité est permis, c'est à la condition que l'apporteur soit au jour du contrat de société propriétaire véritable et non-frauduleux des biens qu'il apporte. Autrement la nullité de la société pourrait être poursuivie tant sur le fondement de la fraude (4) que sur celui de l'absence d'apports de la part de certains associés.

Le principe de la nécessité des apports ne subit ainsi aucune exception. Mais pour qu'il remplisse parfaitement le rôle

14. — (1) Cass. civ. 5 janv. 1886. D.P. 1886. I. 123; S. 1886 I. 241, note J.-E. L.

(2) De même une personne qui est seule propriétaire d'un bien pourrait, en faisant apport de ce bien, déclarer dans l'acte de société qu'il est en co-propriété entre elle et un tiers, de manière à ce que ce tiers acquière des droits d'associé. En l'absence de fraude, l'opération serait valable en raison de l'intention libérale du propriétaire du bien et la déclaration incluse dans l'acte de société vaudrait donation déguisée. (Cass. civ. 5 janvier 1886 précité.)

(3) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 87.

(4) Sur l'apport frauduleux, v. infra n° 119 et s.

qui lui est assigné, il faut que les parties ne puissent pas l'écarter indirectement en effectuant des apports fictifs. Il est nécessaire que tout apport promis ou réalisé constitue pour la société qui en bénéficie un avantage réel.

SECTION III

NÉCESSITÉ D'UN APPORT RÉEL

15. — Il arrive que certaines sociétés soient des sociétés de pure façade dissimulant l'activité personnelle d'un commerçant, qui est en réalité le maître unique de l'affaire. Dans cette hypothèse la société est entièrement fictive, les apports de chacun des soi-disant associés ne correspondant à rien de réel et l'opération se présentant comme une simulation destinée par exemple à permettre à un commerçant personne physique de faire des opérations spéculatives pour son propre compte tout en limitant sa responsabilité personnelle. Mais la notion d'apports fictifs si elle trouve application dans le cas de sociétés fictives dépasse de beaucoup cette hypothèse. On peut en effet parfaitement concevoir la coexistence d'apports sérieux et d'apports fictifs dans la même société. La fictivité de certains apports, tout comme l'absence d'apport de la part de certains associés seulement, empêchera à elle seule la société d'être valablement constituée.

En effet étant donné que très généralement la masse des biens apportés est destinée à servir de gage aux créanciers sociaux, il importe au plus haut point que ce gage comprenne seulement des valeurs réelles. Certes suivant le type de société envisagé, on se montrera plus ou moins exigeant à l'égard des qualités que devront présenter les apports et il est logique que l'on établisse des règles particulières lorsque la responsabilité de l'associé est limitée au montant de son apport. Mais il est indispensable qu'en toute hypothèse l'apport ne présente pas un caractère fictif.

Ce n'est pas en effet seulement l'intérêt des tiers qui justifie cette exigence, c'est également dans un grand nombre de cas l'intérêt des associés qui ayant effectué un apport réel découvrent que l'un des membres de la société a effectué un apport fictif. On ne peut laisser cet apporteur continuer à profiter des avantages qui lui ont été promis par le contrat, car précisément ces avantages lui ont été consentis en considération du caractère réel que l'on attribuait à son apport.

L'apport fait par un associé doit être réputé fictif lorsque la société n'est susceptible d'en retirer aucun avantage direct ou indirect. Cette circonstance peut résulter du fait que le bien

apporté est sans valeur ou que sa valeur est insignifiante. Mais l'apport peut également être entaché de fictivité lorsque le bien qu'il concerne tout en présentant par lui-même une valeur économique certaine ne procurera à la société aucun avantage, soit parce que le bien est grevé d'un passif considérable, soit parce qu'il n'appartient pas à l'apporteur. Dans ces hypothèses également puisque l'apport ne constitue pas un élément permettant d'accroître l'importance du patrimoine social, on ne peut en admettre la validité. Mais tous les apports *a non domino* et tous les apports grevés d'un passif ne seront pas nécessairement des apports fictifs et il importe d'établir dans quelle mesure ils sont compatibles avec l'exigence d'un apport réel.

§ 1. — LE BIEN APPORTÉ DOIT CONSTITUER UNE VALEUR ECONOMIQUE SUSCEPTIBLE D'ÉVALUATION PÉCUNIAIRE

16. — Pour que l'apport remplisse son rôle d'élément s'incorporant au fonds social de manière à concourir avec les autres éléments de ce fonds à la poursuite de l'exploitation prévue par les statuts, il faut que l'on puisse en donner une évaluation pécuniaire (1). C'est en effet à cette condition seulement que l'opération d'apport procurera au patrimoine social l'accroissement de valeur indispensable pour que soient respectés les intérêts légitimes des coassociés de l'apporteur ainsi que les intérêts des tiers. Mais dans la mesure où la nécessité de l'évaluation pécuniaire n'est requise que pour éviter à l'apport d'avoir un caractère fictif, cette évaluation n'aura pas à présenter les qualités de précision et de certitude qui seront exigées à son égard dans les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, en raison de l'importance extrême prise par la notion de capital dans ces sociétés. Ainsi un apport en industrie, correspondant à des services effectifs promis à une société, doit être réputé susceptible d'évaluation pécuniaire, alors même qu'une telle évaluation peut paraître fort difficile.

17. — La jurisprudence fournit quelques exemples d'apports de biens ne présentant par eux-mêmes aucune valeur pécuniaire et qui ont ainsi pu être à bon droit considérés comme fictifs. C'est tout d'abord l'exemple classique du *brevet périmé* : il est évident qu'un brevet tombé dans le domaine public ne saurait en aucune manière constituer un bien susceptible d'être rémunéré par l'attribution de droits sociaux (1).

La question s'est de même posée en ce qui concerne *les études et démarches* faites en vue de la constitution d'une

16. — (1) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 15; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 16; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 233.

17. — (1) Trib. com. Seine. 25 mai 1886, J. Trib. com. 1887, p. 234.

société. Dans un jugement du 10 juillet 1902 (2), le Tribunal civil de Besançon a très justement considéré que l'apport consistant dans de telles études et démarches devait être déclaré fictif alors que l'acte de société n'était que la reproduction presque littérale d'une formule d'un répertoire connu et que, la société ne comprenant que deux membres, sa constitution n'avait nullement occasionné de démarches importantes.

Mais à côté de cet apport consistant en démarches et études, l'associé prenait l'engagement de payer les *frais et honoraires* de toute sorte auxquels l'acte de société pouvait donner ouverture. Le Tribunal de Besançon considéra également que sur ce point l'apport ne répondait pas aux exigences de l'article 1833 du Code civil, car « il n'en résultait pas pour la société la mise en commun d'une chose exploitable, susceptible de produire des bénéfices à partager entre les sociétaires ».

Sur ce point les annotateurs du jugement (3) ont critiqué la décision du Tribunal : l'apporteur ayant pris l'engagement de payer les frais de l'acte de société, la situation était donc la même que si l'associé avait fait apport à la société d'une somme en espèces et si la société avait employé ladite somme au paiement des frais d'acte. Ce raisonnement mérite d'être approuvé : sans doute, dans l'hypothèse envisagée, l'apport, consistant en une promesse de paiement des frais auxquels donnait lieu la constitution de la société, ne procurait pas directement à la société un accroissement du patrimoine social, mais cet apport permettait à la société d'éviter l'appauvrissement qui aurait résulté pour elle du paiement des frais, et cela suffisait à justifier la reconnaissance d'un caractère réel à l'apport envisagé.

18. — La doctrine se montre ainsi libérale dans l'appréciation de la réalité de l'apport. La même tendance se retrouve en effet dans une note de Ch. Lyon-Caen (1). Cet auteur insiste sur le fait que la mise en société d'un bien apparemment sans valeur peut fort bien lui conférer une valeur certaine. Et Ch. Lyon-Caen donne l'exemple suivant qui n'est évidemment pas d'application courante mais qui permet de préciser la pensée de cet auteur : deux personnes ont chacune entre les mains une partie d'une vieille tapisserie qui constitue un chef d'œuvre artistique ; mais chaque morceau séparé apparaît sans valeur ; la réunion des morceaux pour reconstituer la tapisserie permettra soit la vente de l'objet, soit son exposition dans un lieu public ouvert aux personnes acquittant un droit d'entrée.

17. — (2) Jugement rapporté sous Besançon, 27 mars 1903. D.P. 1904. II. 241, note PERCEROU ; S. 1904, II. 89, note C. HOUPIN.

(3) C. HOUPIN, note au S. 1904. II. 89 ; — J. PERCEROU, note au D.P. 1904. II. 241. — Rappr. HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, t. I, n° 392.

18. — (1) Note sous Paris, 26 nov. 1885, S. 1887. II. 17.

La mise en commun de différents biens complémentaires apparaît ainsi comme étant fructueuse et comme entraînant pour chaque bien un accroissement important de valeur. Pour apprécier le caractère réel et sérieux d'un apport, il faut donc prendre en considération non pas tellement la valeur que ce bien peut avoir à l'état isolé mais l'utilité qu'il peut présenter pour la société une fois réuni à d'autres biens.

Toutefois cette règle doit être contenue dans de justes limites. Ainsi lorsque des brevets régulièrement pris ont été apportés à une société, on ne pourrait invoquer par la suite le caractère fictif de cet apport en établissant seulement que l'exploitation des brevets s'est révélée infructueuse et que par conséquent l'apport envisagé n'a été d'aucune utilité pour la société (2). De même lorsqu'un apport consiste en actions d'une société antérieurement et valablement constituée, il ne saurait être par la suite considéré comme fictif, au cas où les actions apportées deviendraient sans valeur, des pertes importantes ayant été subies par la société dont ces actions représentent le capital (3). Au contraire il semble que si les actions apportées n'avaient dès le moment de leur mise en société aucune valeur pécuniaire, en raison de la situation précaire de la société les ayant émises, l'apport envisagé serait entaché de fictivité. Ces titres ne présenteraient en effet aucune valeur appréciable en argent au moment de la mise en société et ne procureraient par ailleurs aucun avantage à la société au profit de laquelle serait effectuée leur transmission.

Mais à côté de ces hypothèses où le bien apporté se présente comme n'ayant aucune valeur intrinsèque, il existe d'autres cas de fictivité où l'apport ne doit son caractère fictif qu'au fait qu'il est grevé d'un passif important.

L'exigence du caractère réel des apports trouve en effet une application particulière en matière d'apport grevé d'un passif : pour que la société retire de l'opération d'apport un accroissement effectif de son patrimoine, il ne faut pas que les charges qu'elle devra assumer en contre-partie de l'apport soient trop lourdes.

§ 2. — LE BIEN APPORTÉ NE DOIT PAS ÊTRE GREVÉ D'UN PASSIF TROP IMPORTANT

19. — En règle générale la société bénéficiaire de l'apport se trouve dans la situation d'un ayant cause à titre particulier de l'apporteur : or les ayants cause à titre particulier ne sont pas tenus d'assumer les dettes de leur auteur. Les dettes de

18. — (2) Trib. comm. Seine, 2 mai 1910, J. Soc. 1911, 227.
(3) Paris, 26 juillet 1887, D.P. 1888. II. 145.

l'apporteur resteront donc dans la majorité des cas étrangères à la société. Mais dans quelques hypothèses la société pourra être tenue d'un passif à la suite de la transmission de l'apport : c'est tout d'abord le cas où l'apport se présente comme opérant un transfert à titre universel, situation réalisée dans l'apport-fusion. C'est ensuite l'hypothèse de l'apport de fonds de commerce, les créanciers de l'apporteur pouvant dans cette éventualité se faire admettre au moyen d'une déclaration comme créanciers de la société. Une situation voisine se retrouve également lorsque le bien est grevé d'hypothèques ou lorsque l'apporteur, tout en étant propriétaire du bien apporté, n'en a pas encore payé le prix : si la société veut conserver le bien dans son patrimoine, c'est à elle qu'il incombera de désintéresser les créanciers hypothécaires ou de payer le prix restant dû.

Lorsque l'apport est ainsi grevé d'un passif, le problème peut se présenter sous différents aspects. D'abord on peut songer à invoquer le fait que l'apport a été surévalué, en établissant que l'estimation donnée dans les statuts n'avait nullement tenu compte des charges qui ont en réalité incombé à la société. Les associés de l'apporteur pourraient éventuellement demander aussi l'application des règles de l'éviction. Envisagé sous cet angle le problème sera repris ultérieurement (1). Mais il est également possible d'étudier le problème de l'apport grevé d'un passif sous l'angle de la théorie de la fictivité des apports et c'est à ce titre qu'il mérite sa place dans le présent développement.

Il apparait tout d'abord que l'apport grevé d'un passif n'est pas toujours un apport fictif. Il est même permis de dire que dans la majorité des cas cet apport est un apport réel et sérieux : il en sera ainsi toutes les fois que le passif ne représentera qu'une fraction de la valeur du bien apporté. Dans cette hypothèse la différence entre la valeur du bien apporté et le passif qui le grève laissera apparaître un actif net : l'apport aura donc permis d'accroître le fonds social et ne sera pas dès lors entaché de fictivité (2).

Il est donc possible de poser comme principe que l'apport grevé d'un passif n'apparaîtra comme étant un apport fictif que dans le cas où le passif absorbera entièrement la valeur de l'apport. Cette situation s'est trouvée réalisée dans une espèce

19. — (1) V. *infra* n° 260. De plus le législateur a prévu des dispositions spéciales en matière d'apport de fonds de commerce, lorsque les co-associés de l'apporteur estiment qu'à la suite de la déclaration des créanciers l'apport est grevé d'un passif trop important. Ces dispositions seront étudiées *infra* n° 214.

(2) Trib. com. Seine, 28 juillet 1887. J. Soc. 1888, 445 ; — Cf. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 46.

soumise à la Cour du Douai et qui a donné lieu à un arrêt de cette juridiction en date du 6 août 1903 (3) : l'immeuble apporté avait été par la suite exproprié par des créanciers hypothécaires et le prix d'adjudication avait été inférieur au montant des inscriptions. Dans ces conditions la mise de l'associé ayant effectué l'apport de cet immeuble n'avait procuré aucun avantage réel à la société : l'apport envisagé pouvait ainsi à juste titre être déclaré fictif.

20. — Beaucoup plus délicate apparaît au contraire la question de savoir si l'apport d'un bien présente un caractère réel alors même que l'apporteur n'aurait pas encore payé le prix d'acquisition de ce bien et qu'il appartiendrait à la société de payer ce prix à la place de l'apporteur. Peu importe du reste, au point de vue du caractère réel ou fictif de l'apport, que cette substitution de la société à l'apporteur dans le paiement du prix résulte d'une disposition du pacte social, ou que la société désintéresse le vendeur pout éviter tout recours de sa part, alors même qu'elle ne serait pas tenue à ce paiement en vertu du contrat de société.

L'apport d'un bien dont le prix n'a pas encore été payé par l'apporteur n'est pas, il convient de le remarquer, un apport *a non domino,* car la vente parfaite dès l'échange des consentements a rendu l'acquéreur propriétaire même avant le paiement du prix (si du moins les parties n'ont pas subordonné par une clause expresse le transfert de propriété au paiement du prix). Il y a donc simplement apport grevé d'un passif, mais le passif apparaît spécialement important. En effet toutes les fois que le prix correspond à la valeur du bien, ce qui est la situation normale, il semble que la société ayant à payer le prix, ne retirera aucun profit de l'apport proprement dit et que les droits sociaux qui seront attribués à l'apporteur ne correspondront à aucune contre-partie réelle.

A première vue donc lorsque la société est obligée de payer à un tiers le prix du bien apporté, l'apport semble fictif. Mais cette règle parait devoir subir certains tempéraments. Chaque fois que la vente a été consentie à l'apporteur à des conditions particulièrement avantageuses, il y a une différence entre le prix à payer et la valeur du bien apporté. Même si la société est obligée de payer le prix d'acquisition au vendeur, elle retirera néanmoins de l'apport un avantage certain du fait de la différence entre le prix et la valeur réelle : l'apport ne pourra pas être considéré comme fictif. Et ce qu'il importe de considérer pour établir la comparaison avec le prix restant dû, c'est la

19. — (3) Douai, 6 août 1903, D.P. 1907. II. 377, note LEVILLAIN; J. Soc. 1904, 220. — V. un autre exemple dans un arrêt de la Cour de Paris du 21 déc. 1933, D.P. 1935. II. 30, note P. PIC.

valeur que représente le bien pour la société à laquelle il est apporté, c'est-à-dire l'utilité qu'il peut présenter pour cette société.

20 bis. — La question de savoir si un apport est fictif lorsque le prix du bien apporté n'a pas encore été acquitté et que ce prix est mis par les statuts à la charge de la société, s'est posée au cours d'une affaire qui a eu un certain retentissement en jurisprudence : l'affaire *Société de Tréport Terrasse contre Liquidation de la Société de la Nouvelle Union.*

Dix personnes avaient acheté des terrains au Tréport et, n'ayant pas les fonds nécessaires pour les payer, en firent apport à une société créée pour la circonstance et à la charge de laquelle fut mis le paiement des prix d'achat des terrains. Une fois la société constituée, comme elle ne possédait pas les sommes nécessaires pour désintéresser les vendeurs, elle se mit en devoir de se procurer lesdits fonds par l'emprunt, notamment par une ouverture de crédit et par l'émission d'obligations. De là naquirent diverses contestations. Et la nullité de la société fut demandée pour fictivité des apports. Le Tribunal de la Seine (1) puis la Cour de Paris (2) admirent successivement le caractère fictif des apports intervenus dans l'espèce qui leur était soumise et la Cour de cassation (3) rejeta le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Dans sa note sous la décision de la Cour de Paris, Ch. Lyon-Caen critiqua la solution jurisprudentielle, les juges ayant conclu que les apports étaient fictifs, en se fondant sur le fait que le paiement du prix des biens apportés était mis à la charge de la société. Or, remarque cet auteur, lorsque des associés mettent en société des immeubles et que la société doit en payer le prix, l'apport n'est pas fictif, « quand malgré cette obligation qui lui est imposée, la société a retiré un avantage pécuniaire de l'apport effectué ». On retrouve ici l'idée, déjà mise en lumière dans un précédent développement (4), que la mise en commun résultant des apports est susceptible de donner aux biens apportés une valeur supplémentaire et indépendante de leur valeur intrinsèque *ut singuli.* Comme le remarquait Ch. Lyon-Caen, dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, les terrains isolés n'avaient qu'une valeur restreinte, car leur exploitation était très difficile : leur réunion au contraire permettait de constituer un lotissement susceptible d'être divisé rationnellement en parcelles destinées à la construction d'habitations.

20 *bis.* — (1) Trib. civ. Seine, 13 avril 1885 sous Paris, 26 nov. 1885, S. 1887. II. 17.

(2) Paris, 26 nov. 1885, S. 1887. II. 17, note LYON-CAEN.

(3) Cass. req. 14 juin 1887, S. 1887. I. 407.

(4) V. *supra* n° 18.

La réunion des terrains conférait à chacun une valeur supplémentaire ; cette valeur représentait un avantage pécuniaire pour la société : les apports des associés n'étaient donc pas fictifs.

21. — De l'hypothèse ainsi envisagée où la société acquiert un bien à titre d'apport et où elle doit, en plus des droits sociaux conférés à l'apporteur, payer le prix au vendeur, il convient de rapprocher l'apport d'une promesse de vente. La situation est analogue dans les deux cas : la société à laquelle est transmis le bénéfice de la promesse ne deviendra propriétaire du bien qu'après en avoir payé le prix. On admet cependant que la promesse de vente a par elle-même une certaine valeur ; elle constitue un bien susceptible d'évaluation pécuniaire (1). L'apport d'une promesse de vente n'est donc nullement un apport fictif, la société retirant fréquemment d'un tel apport un avantage appréciable. (2).

Bien que l'apporteur d'une promesse de vente ne soit pas encore propriétaire du bien sur lequel porte la promesse, il n'y a pas apport *a non domino*. L'apport en effet concerne la promesse, c'est à dire un droit de créance contre le propriétaire actuel du bien : il ne concerne pas le bien lui-même. Du fait que l'apporteur est titulaire du droit résultant de la promesse, il a la possibilité d'effectuer l'apport de cette promesse.

L'aport *a non domino* constitue au contraire une nouvelle hypothèse d'apport fictif. Seul le véritable propriétaire d'un bien peut en effet logiquement faire apport de ce bien.

§ 3. — LE BIEN APPORTÉ DOIT APPARTENIR A L'APPORTEUR

22. — Pour consentir valablement des droits sur un bien, il faut en posséder soi-même sur ce bien. Autrement par application de l'adage « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* », la personne qui s'est vu consentir des droits par un non-propriétaire risque de ne retirer aucun avantage économique de l'opération. Plus spécialement, dans le droit des sociétés, où cette règle tout à fait générale s'applique comme dans les autres domaines on doit poser comme principe que l'apporteur doit être propriétaire du bien qu'il met en société ou titulaire du droit dont le bénéfice doit passer à la société. Mais la situation se présente différemment selon que l'apport est en propriété ou en jouissance.

21. — (1) RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n° 2421.
(2) Sur l'apport d'une promesse de vente, v. *infra* n° 187.

A) Apport en propriété

23. — Dans cette hypothèse l'apporteur s'engage à transférer la propriété de son apport à la société du moins lorsque celle-ci a la personnalité morale (1) ; l'apporteur doit par conséquent être propriétaire du bien mis en société. Si l'apporteur n'est pas propriétaire, l'apport est *a non domino :* en vertu de la règle : « *Nemo plus juris...* » la société ne pourra obtenir le transfert de propriété. L'avantage économique retiré de l'opération par la personne morale sera nul, l'apport présentera un caractère fictif.

Les hypothèses d'apport *a non domino* sont diverses (2) : il y a tout d'abord le cas où l'apporteur n'a jamais été propriétaire du bien apporté. On en trouve un exemple dans une affaire soumise au Tribunal de commerce de la Seine, le 22 septembre 1887 (3), sept personnes ayant déclaré apporter en commun à une société la pleine propriété d'une agence de renseignements prétendument indivise entre elles et qui appartenait en réalité exclusivement à l'un des apporteurs (4).

Un autre cas d'apport *a non domino* se trouve réalisé dans l'hypothèse où l'apporteur étant propriétaire sous condition résolutoire au moment de l'apport, son droit de propriété est rétroactivement anéanti par la réalisation de la condition. La société perd alors le bénéfice de l'apport par application de la règle « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ». En effet dans ce cas en raison de la rétroactivité, l'apporteur doit être réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'apport et n'avoir donc pas pu valablement transférer le bien.

Enfin, une troisième catégorie d'apports *a non domino* est constituée par les hypothèses où l'apporteur avait vendu pré-

23. — (1) Sur le caractère translatif de l'apport en propriété, v. *infra* n° 93.

(2) Lorsqu'une chose indivise a été apportée en société par l'un des indivisaires, il y a apport *a non domino* tout au moins pour la part qui n'appartenait pas à l'apporteur. On doit admettre dès lors que les indivisaires qui n'ont pas consenti à l'apport peuvent agir en nullité. Mais ils perdent le droit d'attaquer l'apport s'ils héritent de l'apporteur et acceptent sa succession purement et simplement. En effet, l'apporteur était garant envers la société de toute éviction et ses héritiers doivent assumer également cette obligation de garantie en tant que continuateurs de la personne du défunt (Trib. civ. Alençon, 28 juill. 1953, J.C.P. 1954. II. 8224, note D. B.).

(3) Journ. Trib. com. 1889, p. 170.

(4) Il n'y avait en l'espèce aucun *animus donandi*. — S'il y avait eu intention libérale de la part du propriétaire de l'agence, on aurait pu admettre l'existence d'une donation déguisée, valable à condition de n'être pas frauduleuse. — V. sur ce point *supra* note sous le n° 14.

cédemment à un tiers le bien qu'il apporte par la suite en société (5).

24. — Lorsque l'apport de la propriété d'un bien est ainsi effectué *a non domino,* les auteurs (1) se prononcent en général pour l'application des règles établies en matière de vente de la chose d'autrui. La situation présente en effet une certaine analogie dans les deux cas. Mais il semble qu'il soit insuffisant de se contenter d'une assimilation de principe et qu'il faille préciser les conséquences de l'apport *a non domino* en les rattachant à la théorie de l'apport fictif.

Tout d'abord si l'apport *a non domino* est très généralement un apport fictif il n'en est pas toujours ainsi. En effet lorsque la société est de bonne foi (2), elle pourra dans certains cas valablement conserver l'apport, alors même qu'il lui a été transmis par une personne qui n'en était pas propriétaire. Ainsi lorsque l'apport concernera un meuble corporel et que la société aura été mise de bonne foi en possession de ce bien, par application de l'article 2279 elle pourra conserver le meuble apporté : dès lors retirant un avantage économique de l'apport, elle ne pourra arguer de la fictivité de celui-ci.

De même si l'apport concerne un immeuble et si cet immeuble a été vendu par l'apporteur à un tiers, antérieurement à la mise en société, la personne morale pourra cependant conserver le bien si elle a opéré la transcription avant le tiers acquéreur et si cette transcription n'est pas frauduleuse. Dans ce cas encore l'apport ne présentera un caractère fictif ni au regard de la société qui retirera de l'apport la valeur économique escomptée, ni au regard du *verus dominus* qui ne pourra réussir dans son action en revendication en vertu de la bonne foi de la société.

L'apport *a non domino* ne présente pas non plus un caractère fictif lorsque postérieurement à la mise en société l'apporteur se rend acquéreur de la propriété de la chose. Dans ce cas le propriétaire véritable qui a été désintéressé perd tout droit d'agir et la société ne saurait invoquer la fictivité de l'apport puisqu'il n'y a plus aucun obstacle à ce que la propriété ainsi acquise par l'apporteur soit transmise à la personne morale. Cette solution est en harmonie avec la jurisprudence concernant la vente de la chose d'autrui (3). Mais on pourrait songer à la

23. — (5) On trouve un exemple récent d'un tel apport dans un jugement du Tribunal de commerce de Lyon du 3 fév. 1949 (J. Soc. 1949, p. 277).

24. — (1) Cf. par ex. A. Weill, *Apport d'un fonds de commerce en société*, J.Cl. Sociétés, fasc. 13, n° 11.

(2) Cette bonne foi s'appréciera dans le comportement des coassociés de l'apporteur ou des organes de la société, lesquels devront avoir ignoré le défaut du titre de l'apporteur.

(3) Cass. req. 30 juin 1872, S. 1873. I. 437.

contester en présence d'un arrêt de la Cour de Paris (4) qui semble avoir admis un point de vue différent. Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, une personne avait fait le 18 février 1930 apport en société d'un fonds de commerce à provenir de la liquidation d'une autre société ; or cette liquidation n'était intervenue qu'après l'apport et notamment le fonds de commerce n'avait été attribué à l'apporteur que le 20 février 1930.

La Cour de Paris n'admit pas la validité de l'apport. Mais cette solution tenait uniquement au fait que l'apport était effectué au profit d'une société à responsabilité limitée et que dans ce type de société les parts remises aux associés doivent être intégralement libérées lors de la constitution de la société. Le fait que l'apport eût été ultérieurement régularisé n'empêchait pas que la nullité de la société était encourue pour défaut de libération intégrale des parts à l'origine.

Mais aujourd'hui, même dans une société à responsabilité limitée, l'apport *a non domino* régularisé par la suite serait admis, car, depuis l'arrêt précité de la Cour de Paris, est intervenu le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a décidé que l'action en nullité de la société est éteinte lorsque la cause de nullité cesse d'exister. La même disposition a été établie pour les sociétés par actions, au sujet desquelles la question se posait dans les mêmes termes puisque pour ces sociétés également les apports en nature doivent être libérés dès la constitution.

25. — Toutes les fois donc que la société aura la possibilité de conserver le bien acquis *a non domino* et quelle que soit la raison pour laquelle elle peut conserver ce bien (que ce soit par suite de sa bonne foi, ou en raison de l'acquisition ultérieure par l'apporteur d'un titre de propriété), elle ne pourra invoquer la fictivité. Faut-il aller plus loin et considérer que l'apport *a non domino* ne sera fictif au regard de la société qu'autant que le véritable propriétaire exercera ses droits à son encontre ? Il ne le semble pas.

Il est admis en effet qu'en matière de vente de la chose d'autrui, l'acquéreur peut demander la nullité sans attendre une action du *verus dominus*. La même règle semble devoir prévaloir ici car il importe de faire cesser une incertitude préjudiciable à la société. Celle-ci ne saurait être obligée d'attendre quelquefois pendant très longtemps un recours du véritable propriétaire. Il importe que si elle le désire, elle puisse demander la nullité de l'apport, nullité qui n'entraînera pas automatiquement la nullité de la société (1) et qui permettra à la société de continuer ses opérations dans une situation nette.

24. — (4) Paris, 17 juin 1936, Gaz. Trib. 1936. II. 313.
Dans le même sens : Rabat, 18 nov. 1933, D.P. 1935. II. 30.

25. — (1) V. *infra* n° 30.

En matière de vente de la chose d'autrui, l'action en nullité prévue par l'article 1599 du Code civil est à la disposition de l'acquéreur seulement et le *verus dominus* notamment ne peut l'intenter. Appliquer purement et simplement cette règle en matière d'apport en société, ce serait réserver la possibilité de demander la nullité de l'apport à la société et aux coassociés de l'apporteur. Au contraire en rattachant l'apport *a non domino* à la théorie plus large de l'apport fictif, tout intéressé pourra invoquer ce caractère fictif. C'est la solution qui prévaut en jurisprudence. Dans un jugement du 4 août 1904 (2), le Tribunal civil de la Seine a considéré que celui qui se prétend le véritable propriétaire de l'apport fait par un tiers à une société est recevable à demander la nullité de cette société bien qu'il s'agisse d'une *res inter alios acta* (3).

Très souvent dans ce cas l'apport sera en effet une manœuvre frauduleuse destinée à faire échapper un bien à son véritable propriétaire. Le 3 février 1949 (4), le Tribunal de commerce de Lyon avait à connaître d'une telle opération. Une personne avait vendu un fonds de commerce à un tiers, puis avant que l'acte de vente ait été enregistré, elle avait fait apport du bien en société. Le problème posé présentait quelque difficulté du fait que l'articles 2279 ne s'applique pas au fonds de commerce et que d'autre part il n'existe pas pour ce bien de formalité analogue à la transcription immobilière, la publicité en matière de fonds de commerce ayant pour but de renseigner les créanciers du cédant et non de régler les conflits entre ayants cause d'un même auteur (5).

Dans l'espèce soumise au Tribunal de commerce de Lyon, l'apport du fonds avait été effectué au profit d'une société à responsabilité limitée qui ne comprenait outre l'apporteur qu'un seul autre membre, lequel était manifestement au courant de la vente intervenue antérieurement. En raison de la mauvaise foi du coassocié de l'apporteur, la nullité de l'apport devait être prononcée et c'est en ce sens que se décida le Tribunal de Lyon.

La solution aurait-elle été la même si le coassocié avait été de bonne foi ? M. Weill (6), analysant le jugement précité du Tribunal de Lyon, se prononce pour l'affirmative, et cela bien que dans l'hypothèse envisagée la vente intervenue n'ait pas acquis date certaine. En effet remarque cet auteur on tend de plus en plus à considérer que la vente de fonds de commerce

25. — (2) Trib. civ. Seine, 4 août 1904, J. Soc. 1905, 275.

(3) Rappr. Aix, 4 juill. 1951, J.C.P. 1952. II. 7156.

(4) Trib. com. Lyon, 3 fév. 1949, J. Soc. 1949, 277.

(5) Escarra, *Cours*, n° 271.

(6) *Apport d'un fonds de commerce en société*, J.-Cl. Sociétés, fasc. 13, n° 18. — Rappr. J. Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité*, Rev. trim. dr. civ. 1935, p. 546 et s., spécialement p. 586.

présente un caractère commercial : or en matière commerciale la date des achats et des ventes se prouve par tous moyens. Donc dès lors qu'un acheteur établit d'une manière quelconque que la cession du fonds faite à son profit est antérieure à l'apport du même fonds, il établit que l'apport a été effectué *a non domino* et doit en conséquence être considéré comme fictif. Le bien sera repris à la société en vertu de la règle « *Prior tempore, melior jure* » alors même que la mauvaise foi des coassociés de l'apporteur ou des organes de la personne morale n'est pas établie.

La propriété de l'apport ne peut donc être transmise à la société par une personne qui n'est plus titulaire de ce droit. Mais il est permis de se demander quel est le champ d'application de l'exigence d'un titre de propriété chez l'apporteur : cette exigence s'étend-elle à l'apport en jouissance ?

B) Apport en jouissance

26. — Cette opération, comme un développement ultérieur le montrera (1) présente une certaine analogie avec le louage. Or un arrêt de la Cour de casssation qui eut quelque retentissement approuva le 17 mai 1927 (2) une cour d'appel d'avoir décidé que « le bail de la chose d'autrui sort effet dans les rapports entre le bailleur et le preneur tant que celui-ci en a la jouissance paisible ». Cette différence de régime entre vente de la chose d'autrui et bail de la chose d'autrui peut sembler à première vue curieuse mais elle s'explique par le fait que la vente est un contrat translatif de propriété alors que la Cour de cassation voit dans le louage un contrat simplement productif d'obligations.

La même différence se retrouve entre l'apport en propriété et l'apport en jouissance : seul le premier opère transmission de la propriété du bien ; seul par conséquent il requiert que l'apporteur soit propriétaire. Dans l'apport en jouissance au contraire l'apporteur s'engage simplement à procurer à la société la jouissance paisible de la chose mise en société. Donc tant que cette jouissance paisible ne sera pas interrompue par l'intervention du *verus dominus,* la société ne pourra pas se plaindre d'une violation par l'apporteur de ses obligations. Elle peut toujours légitimement supposer que l'apporteur interviendra auprès du véritable propriétaire pour que le bien soit maintenu à la disposition de l'exploitation sociale. Et comme le bien apporté pour la jouissance seulement n'entrera pas dans le patrimoine de la société, il n'y a pas de raison d'accorder à cette société une action en justice, préalablement à toute revendica-

26. — (1) V. *infra* n° 119.
(2) S. 1927. I. 289.

tion du *verus dominus*. L'incertitude au sujet de la propriété d'un bien mis pour la jouissance seulement à la disposition de la société est beaucoup moins grave pour la personne morale que l'incertitude portant sur le point de savoir si tel ou tel bien est effectivement entré dans son patrimoine.

C'est seulement quand le véritable propriétaire, pour lequel l'apport est *res inter alios acta,* aura évincé la société bénéficiaire de l'apport en jouissance que celle-ci aura un recours contre l'apporteur. Mais toutes les fois qu'elle aura joui pendant un certain temps de la chose apportée la société ne pourra invoquer la fictivité de l'apport : elle pourra seulement invoquer l'inexécution par l'associé de ses obligations. Au contraire l'apport en jouissance pourrait être considéré comme purement fictif si la société n'avait jamais pu obtenir la mise à sa disposition de la chose apportée ou si elle n'avait joui de cette chose que pendant un intervalle de temps extrêmement court.

27. — Un dernier problème se pose en matière d'apport *a non domino,* celui de savoir si cette notion est applicable seulement lorsque l'apport concerne un corps certain. En matière de vente de la chose d'autrui, on considère que l'article 1599 du Code civil ne peut recevoir effet lorsque l'objet de la vente est une chose de genre (1): on estime que dans ce cas le vendeur sera toujours à même de se procurer le bien qu'il s'est engagé à vendre à l'acheteur. Il semble à première vue qu'on pourrait considérer également que l'apporteur qui a promis à la société une chose de genre aura la possibilité de l'acquérir et de remplir ainsi ses obligations. Mais ce raisonnement n'est satisfaisant qu'en apparence et un examen plus approfondi permet de considérer qu'il y a dans certains cas fictivité de l'apport *a non domino* d'une chose de genre.

C) Apport « a non domino » d'une chose de genre et souscriptions fictives

28. — Il arrivera qu'un associé promette à une société un bien qu'il est dans l'impossibilité absolue de fournir, quoiqu'il s'agisse d'une chose de genre. Cette situation se trouve réalisée dans la plupart des cas de souscriptions fictives en matière de société anonyme. Les fondateurs demanderont par exemple à des employés, à des parents ou à des amis de venir compléter la liste des souscripteurs, tout en leur donnant l'assurance qu'ils n'auront pas à réaliser le paiement des actions ainsi souscrites.

Autrefois, le procédé était relativement facile à utiliser car le règlement du quart exigé à l'appui de la souscription pouvait être effectué par un jeu d'écriture. L'exigence d'un versement

27. — (1) Ripert et Boulanger, *Traité de Droit civil,* t. II, n° 2.314.

en espèces effectué chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations rend plus difficile l'existence de souscriptions fictives, mais elle ne l'empêche pas complètement (1). Le caractère fictif de la souscription sera fréquemment établi par la constatation de l'insolvabilité notoire du souscripteur (2), cette insolvabilité étant à tout le moins retenue comme un indice auquel viendront s'ajouter éventuellement d'autres présomptions de fictivité, telle par exemple l'intervention d'un fondateur se substituant au souscripteur pour le versement du premier quart (3).

Cependant une souscription ne doit pas être considérée comme fictive pour la seule raison que les versements qui y correspondent ont été effectués à l'aide de fonds empruntés par le souscripteur (4). On peut tenir un tel versement pour valable, même lorsque le prêteur a directement libéré pour le compte du souscripteur les actions souscrites par celui-ci. Il n'y aurait apport fictif que si la société avait restitué ultérieurement à ce prêteur les fonds versés par lui (5).

De la souscription fictive il convient de distinguer du reste la souscription simulée, par exemple celle qui résulte de l'intervention d'un prête-nom (6). Lorsqu'une personne souscrit apparemment pour elle-même, mais qu'elle agit en réalité pour le compte d'une autre personne, le versement qu'elle effectue est cependant réel, la société voit son patrimoine s'accroître d'un élément susceptible de lui rendre les services qu'elle en attend. Et c'est alors un problème de réalité du consentement et non plus de réalité de l'apport qui se pose. La situation est très différente de celle qui existe en matière de souscription fictive *stricto sensu:* lorsqu'on se trouve en présence de celle-ci l'apport ne procure en définitive aucun accroissement du patrimoine social, du fait de l'insolvabilité notoire de l'apporteur ou de la restitution des fonds versés.

Dans une très large mesure, la fictivité des apports se ramène ainsi à l'absence d'apports : dans aucun de ces deux cas la société n'obtient de l'associé cette mise en commun indispensable à la bonne marche de l'exploitation sociale et qui est la suite logique de l'obligation légale de coopérer qui pèse sur chaque membre de la société. Aussi sur le plan de la sanction, l'absence d'apport et la fictivité des apports ont-elles des conséquences fort voisines.

28. — (1) V. par exemple l'espèce soumise à la Cour de cassation (Chambre des requêtes) le 25 nov. 1946 (J.C.P. 1947. II. 3533, note Bastian). — Comp. Paris, 28 octobre 1922, Gaz. Pal. 1923.I.529.

(2) V. Cass. req. 9 juin 1891, D.P. 1892. I. 363.

(3) Launais, de la Villeguérin et Accarias, *Droit pénal financier.* t. I, n° 57.

(4) V. Aix, 9 fév. 1949, J.C.P. 1949. II. 5068, note D.B.

(5) Rouen, 26 juill. 1912, D.P. 1916. II, 113, 2e espèce.

(6) Sur l'apport effectué par un prête-nom, v. *infra* n° 163.

SECTION IV

CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE D'APPORT OU DE LA FICTIVITÉ DES APPORTS

29. — Si aucun associé n'a effectué d'apport ou si les apports de tous les associés sont fictifs, la société n'est pas à proprement parler nulle : il est plus exact de dire que la convention intervenue ne constitue en aucune manière une société (1) : en effet la mise en commun des apports est, plutôt qu'une condition de validité du contrat de société, un élément permettant la qualification de ce contrat. Par suite la convention pourra être valable à un autre titre, ou être susceptible d'exécution en tant que contrat innommé. Mais dans la majorité des cas toute exécution de la convention sera impossible. Souvent en effet l'absence ou la fictivité des apports revêtira un caractère frauduleux : la société ne sera qu'une société de façade derrière laquelle les tiers feront apparaître le véritable maître de l'affaire. Et même si l'opération n'est pas frauduleuse, l'exécution de cette convention ressemblant à une société, mais dans laquelle aucun apport n'est prévu, ne sera pas toujours possible au titre de contrat innommé : en effet pour qu'un tel contrat puisse être sanctionné en justice, il faut pour le moins qu'il remplisse les conditions exigées par la théorie générale des obligations et notamment qu'il ait un objet certain. Or comme l'apport constitue la prestation de chaque partie et partant l'objet de leurs obligations dans le contrat de société, la convention hybride qui ne prévoit pas d'apports devra donner un autre objet aux obligations des parties contractantes.

En effet faute d'un objet remplaçant les apports, la convention ne saurait être valable même au titre de contrat innommé : c'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (2) rendu à propos d'une promesse de société qui ne comportait pas l'indication des apports à effectuer par chaque partie.

30. — De toute manière lorsqu'il y a absence d'apports de la part de tous les associés ou fictivité de tous les apports, il

29. — (1) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 110. — Cf. également Lyon, 12 déc. 1922, *Rev. Soc.*, 1923, p. 463.

Il n'y a même pas, dans ce cas, *société de fait* puisque la jurisprudence décide, à juste titre, que la société de fait ne peut exister que si tous les éléments du contrat de société se trouvent réunis, notamment l'existence d'apports réciproques. (Dijon, 13 déc. 1950, *Rev. Soc.*, 1951, p. 176. — Comp. Cass. com. 25 juil. 1949, *Rev. Soc.*, 1950, p. 261; J.C.P. 1950. II. 5798.)

(2) Cass. req. 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17; v. l'étude de cet arrêt *supra* n° 12.

ne peut être question de faire produire à la convention effet en tant que société par le moyen d'une simple confirmation ou d'une ratification.

De même l'accomplissement d'un délai quelconque ne saurait permettre de faire acquérir à cette convention le caractère de société qu'elle ne peut avoir en raison de l'absence d'un élément qualificatif essentiel du contrat. La prescription ici sera de nul secours.

La situation se présente semble-t-il sous un aspect tout différent lorsque certains associés seulement n'ont pas effectué d'apport ou lorsque certains apports sont entachés de fictivité et se trouvent à côté d'apports présentant un caractère réel.

Il importe dans ce cas de distinguer selon les divers types de société. Dans les *sociétés par actions*, la fictivité de certains apports entraîne le défaut de souscription intégrale du capital social et la nullité est encourue de ce chef (1). Cependant le vice entachant la société peut être réparé, même quand l'action en nullité a déjà été intentée, dès lors que le jugement sur le fond n'a pas encore été rendu (2).

Mais si le vice peut être couvert, encore convient-il de déterminer de quelle manière cette réparation peut intervenir. Si la fictivité concerne des apports en numéraire, il semble que la revente à des acquéreurs sérieux des actions souscrites fictivement ne suffise pas (3) : il faut proposer ces actions à des personnes qui interviendront non pas à titre d'acquéreurs, mais à titre de souscripteurs, ce qui obligera, pour que la loi soit respectée, à procéder à une nouvelle déclaration de souscription et de versement (4).

Si l'apport fictif est un apport en nature, la réparation du vice ne pourrait intervenir qu'en mettant à la disposition de la société un bien analogue à celui prévu, ou si cet apport n'est pas essentiel pour le fonctionnement de l'exploitation sociale, en y renonçant et en mettant les statuts en harmonie avec la suppression dudit apport, ce qui obligera du reste à refaire la plupart des formalités constitutives.

Dans les *sociétés à responsabilité limitée*, la fictivité de de l'apport de quelques associés amènera à considérer que certaines parts n'ont pas été immédiatement libérées, ce qui est dans les sociétés de ce type une cause de nullité. Mais cette cause

30. — (1) Si le fait que certains apports soient fictifs faisait tomber le nombre des associés au dessous de sept, la nullité de la société pourrait également être prononcée pour cette raison.

(2) C'est en ce sens que la Cour de cassation interprète le décret-loi du 30 octobre 1935. — Cf. Cass. civ. 4 janv. 1944, J. Soc. 1947, 285.

(3) V. Cass. req. 2 mars 1925 (S. 1930. I. 205) et 25 nov. 1946 (J.C.P. 1947. II. 3533, note BASTIAN).

(4) En ce sens, note BASTIAN sous Cass. req. 25 nov. 1946, précité.

de nullité peut être couverte par la réparation du vice et cette réparation interviendra selon les mêmes règles que celles qui viennent d'être dégagées pour les sociétés anonymes.

Dans les *sociétés en nom collectif* ou *en commandite simple* on ne retrouve aucun principe imposant dès l'origine une libération immédiate des apports. Mais du moins exige-t-on que ceux-ci ne soient pas fictifs et cette exigence elle-même doit être sanctionnée lorsqu'elle a été méconnue. On doit décider dans ce cas que l'associé qui n'a pas effectué d'apport réel n'est pas entré valablement dans les liens du contrat de société. Mais la société ne sera pas nécessairement nulle entre les autres associés. Il est bien évident que tous les apports prévus n'ont pas pour la société la même importance. La fictivité de certains apports risque d'empêcher la réalisation de l'objet de l'exploitation sociale. Au contraire il peut arriver que d'autres apports ne présentent qu'une importance secondaire pour la société.

Il semble donc rationnel de décider que, dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, si l'apport de l'un des associés est fictif, la société pourra subsister valablement entre les associés ayant effectué des apports sérieux, à moins que l'apport entaché de fictivité n'apparaisse tellement indispensable à la réalisation de l'objet social que l'on doive considérer que son absence met obstacle à la constitution de la société (5). C'est aux tribunaux d'apprécier en cas de difficulté entre les associés, si l'apport envisagé présentait ou non dans l'intention des contractants un caractère essentiel pour l'exploitation sociale.

31. — L'analyse qui vient d'être faite de la nécessité de prévoir des apports réels dans tout contrat de société permet de définir ainsi le premier caractère de l'apport : c'est un élément nécessaire de la société, qui sert à qualifier cet acte juridique. Mais c'est l'apport en lui-même *in abstracto* qui est indispensable à la société, ce n'est pas tel ou tel apport *in concreto,* qui prévu par les statuts peut être remplacé par un autre apport susceptible de rendre à l'exploitation sociale les mêmes services ou qui peut même n'être nullement remplacé à la condition que la personne qui n'a effectué aucun apport soit exclue du pacte social.

Envisagée à ce point de vue la question sera reprise lors de l'étude de l'exécution par l'apporteur de ses obligations (1). Mais puisque l'apport constitue ainsi un élément de la société, il faut définir la place de cet élément dans le cadre de l'acte juridique plus large que constitue la société. Il faut préciser la relation qui existe entre la notion d'apport et celle de société.

30. — (5) HÉMARD, *Nullité des sociétés,* n° 34.

31. — (1) V. *infra* n^{os} 252 et 260.

CHAPITRE SECOND

L'apport dans la conception contractuelle et dans la conception institutionnelle de la société

32. — Une longue tradition historique a lié la société au concept de contrat. Bien qu'elle présentât certains caractères spécifiques, la société n'en était pas moins considérée comme trouvant son fondement dans un accord de volontés. Les critiques que l'on a adressées à cette conception purement contractuelle de la société se sont développées du jour où s'est précisée et affermie la notion de personnalité morale. Il devint tout au moins nécessaire d'admettre que le contrat envisagé possédait cette particularité remarquable de donner naissance à un être moral doué de la personnalité juridique. Et très logiquement, à mesure que les personnes morales voient leur puissance économique s'accroître, à mesure que le nombre de leurs membres augmente dans des proportions considérables, le contrat s'estompe.

Lorsque la règle de l'unanimité fait place à la règle de la majorité, l'accord de volontés de tous les associés est remplacé par la décision d'organes qui doivent prendre en considération plus l'intérêt propre de la personne morale que l'intérêt personnel des associés. Pour qualifier l'entité juridique complètement détachée de la personne de ses membres qu'est la grande société moderne de capitaux, il a été fait appel à la notion d' « institution » (1). Il s'agit là d'une notion commode mais relativement

32. — (1) Ce sont les auteurs de droit public qui, les premiers, se sont faits les défenseurs de l'idée d'institution (V. par ex. HAURIOU, *L'Institution et le droit statutaire, Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 134). La conception institutionnelle a été ensuite admise par certains commercialistes qui en ont fait application en matière de société anonyme (Cf. notamment LESCOT, *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, Thèse, Dijon, 1913). Elle est adoptée aujourd'hui en cette matière par la plupart des ouvrages récents : ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. II, n° 525 et s.; ESCARRA, *Cours*, n° 694 *in fine;* RIPERT, *Dr com.*, n° 927. — *Adde*, F. DE SOLA CANIZARÈS, *Le caractère institutionnel de la Société de capitaux*, Rev. Soc. 1950, p. 351 et s.

imprécise. Elle marque que le stade de la société-contrat est dépassé lorsque l'on envisage le cas de la société anonyme, mais doit-on admettre que l'accord des volontés n'est plus alors indispensable, qu'une manifestation unilatérale de volonté suffit ?

33. — Suivant que l'on donne à la société un fondement contractuel ou un fondement institutionnel, l'apport apparaît sous un aspect différent. La notion d'apport a en effet subi une évolution symétrique de celle subie par la notion de société. La société étant considérée comme un contrat, l'apport apparaissait comme l'un des éléments, l'une des prestations de ce contrat. Cette analyse devient impossible si l'on rejette la conception contractuelle. La tendance est aujourd'hui de voir dans l'opération d'apport une convention autonome à tel point qu'un auteur a pu récemment définir l'apport comme étant « un contrat par lequel un bien est mis à la disposition d'une société moyennant l'attribution de droits sociaux » (1).

Mais il est permis de se demander si cette solution n'est pas trop absolue, si elle n'apparaît pas inacceptable dans la mesure où la conception contractuelle de la société garde sa raison d'être. N'aboutit-elle pas en effet à superposer alors deux contrats, le contrat de société et le contrat d'apport, sans pouvoir justifier cette superposition ? Or la conception contractuelle de la société doit être maintenue dans un grand nombre d'hypothèses, car on ne peut faire complètement abstraction de l'article 1832 du Code civil qui définit la société comme étant un contrat et d'autre part la conception contractuelle rend compte, de manière satisfaisante, du mécanisme des sociétés de personnes. C'est donc dans la mesure seulement où l'on peut considérer qu'une société commerciale n'a pas comme fondement un véritable contrat de société que l'on peut admettre l'existence d'un contrat d'apport, celui-ci sera alors conclu non pas entre les associés, mais entre la personne morale et l'apporteur. Et cette conception permet de maintenir un certain élément contractuel même dans l'hypothèse d'une société de capitaux.

Puisque précisément il apparaît logique d'admettre une coexistence de la conception contractuelle de la société et de la conception institutionnelle, en attribuant à chacune de ces conceptions un domaine d'application distinct, il est nécessaire de tracer les limites de ces domaines respectifs. C'est seulement après cette étude préalable que doivent être envisagées les conséquences de chaque conception de la société à l'égard de l'apport.

33. — (1) J. Rouast. *La notion juridique d'apport en nature*, Thèse manuscrite Paris 1949, p. 23.

SECTION I

DOMAINES D'APPLICATION RESPECTIFS DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE ET DE LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE

34. — Le domaine d'application de chacune des deux conceptions en présence apparaît tout différent selon que l'on envisage le problème *de lege ferenda*, cas dans lequel il est possible de construire une théorie rationnelle, ou qu'au contraire on essaie de faire cette délimitation en prenant en considération un droit positif où les nécessités empiriques ont présidé à la classification des sociétés.

I) De lege ferenda

35. — Il est permis de considérer de ce point de vue que devraient exister deux grandes catégories de sociétés, correspondant chacune à une tendance économique fondamentale. Souvent en effet un commerçant ou un industriel met son entreprise en commun avec d'autres personnes, soit de manière à limiter sa responsabilité, soit pour s'adjoindre des bailleurs de fonds, soit pour s'associer avec quelques membres de sa famille, soit à la limite pour réunir son entreprise à celle d'un ou de quelques autres commerçants ou industriels de façon à obtenir un allègement de frais généraux.

Dans ce cas il est certain que psychologiquement le commerçant apporteur ne considère pas qu'il a cessé d'être propriétaire de son bien et il serait nécessaire d'admettre l'existence d'une forme juridique permettant de réaliser ce désir d'ordre psychologique. La forme juridique la plus adéquate dans cette hypothèse semble devoir être cherchée autour de la notion de société à responsabilité limitée. Mais, quoi qu'il en soit, les sociétés se rattachant à cette intention psychologique d'une exploitation familiale ou du moins de faible envergure constitueraient le groupe des *sociétés de personnes*.

Dans d'autres cas, au contraire, l'apporteur accepte de voir son apport incorporé dans un patrimoine immense et par là il renonce beaucoup plus à la maîtrise de son apport que dans la société de personnes : il attend de l'apport un dividende rémunérateur, peut-être un poste de membre de conseil d'administration, mais il sait parfaitement que son bien deviendra la propriété pleine et entière de la société (1), et que celle-ci pourra

35. — (1) Réserve faite, bien entendu, du cas où l'apport est effectué pour la jouissance seulement.

l'aliéner librement, si une majorité se dégage en faveur de cette aliénation.

De plus dans ces importantes *sociétés de capitaux,* l'apporteur accepte comme contre-partie du bien qu'il met en société des actions négociables. Il acquiert ainsi la faculté de quitter librement la société au moyen de la vente de ses titres et c'est là une preuve supplémentaire du fait qu'il abandonne tout droit sur son apport. On ne peut plus parler ici de contrat de société et du reste comme le montrera un prochain développement (2), on ne saurait admettre que les membres d'une société par actions contractent ensemble lorsqu'ils s'ignorent complètement.

35 bis. — Mais s'il paraît *in abstracto* satisfaisant pour l'esprit d'opposer sociétés de personnes et sociétés de capitaux, certaines difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'établir entre les deux un critère satisfaisant, qui serait par là même le critère du domaine d'application respectif de la conception contractuelle et de la conception institutionnelle.

Le premier critère auquel on peut songer est un critère d'ordre psychologique, puisqu'en faisant apport de son entreprise à une société, l'apporteur n'obéit pas aux mêmes mobiles, selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Mais ce critère psychologique serait particulièrement fuyant, car il serait difficile de déterminer dans chaque hypothèse à quel point l'apporteur d'un bien en pleine propriété entend renoncer à cette propriété au profit de la société qu'il crée.

Sans doute est-il possible de maintenir un critère psychologique en lui donnant une assise plus certaine, c'est-à-dire en distinguant selon que l'*intuitus personae* préside ou non au choix par l'apporteur de ses coassociés. Mais là encore on rencontre soit une difficile recherche d'intention, soit l'établissement d'une présomption arbitraire d'*intuitus personae* dans certaines sociétés. Et cela ne semble pas pleinement satisfaisant.

Le critère de la dimension paraît au contraire *de lege ferenda* rendre beaucoup mieux compte de la réalité économique (1). Il semble certain que si une différence de régime juridique doit intervenir entre deux groupes de sociétés, cette différence doit être en harmonie avec la réalité économique ; elle doit tenir compte de l'inégalité de puissance économique des groupements d'intérêts. Certaines formes de société pourraient être réservées aux entreprises très importantes, les petites entreprises devant, si elles désirent se constituer en société,

35. — (2) V. *infra* nos 38 et s.

35 *bis*. — (1) F. de Sola Canizarès. *Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales.* Rev. trim. dr. com., 1950, p. 304.

prendre nécessairement d'autres formes. Alors serait possible un régime dualiste de l'apport en propriété ; très proche de la vente en cas de société de capitaux, il serait au contraire voisin d'une mise en indivision dans le cas d'une société de personnes.

La réalisation pratique du critère de la dimension serait relativement facile à obtenir. Elle pourrait d'abord résulter de l'exigence d'un capital minimum important pour les sociétés anonymes. La tendance des législations étrangères est en ce sens (2). Inversement il serait possible de fixer un capital maximum ou surtout un nombre d'associés maximum pour les sociétés de personnes. En établissant en particulier cette limitation pour les sociétés à responsabilité limitée comme cela existe dans certains pays (3), on empêcherait que les grandes entreprises n'adoptent cette forme et partant on mettrait fin à l'incertitude qui existe actuellement quant à la nature juridique des sociétés à responsabilité limitée : leur caractère de sociétés de personnes apparaîtrait nettement.

Mais cette existence de deux groupes de sociétés, jouissant chacun d'un régime distinct et auquel correspondrait une conception particulière de l'apport, est loin d'être réalisée en droit français. On y rencontre au contraire une conception législative unitaire du contrat de société que la doctrine et la jurisprudence doivent tempérer pour rendre compte des nécessités pratiques de fonctionnement des grandes sociétés anonymes.

II) Droit positif français

36. — L'article 1832 du Code civil définit la société comme étant un contrat et ce texte d'une portée tout à fait générale montre la prédominance de la conception contractuelle de la société dans la législation positive. C'est seulement lorsque le législateur lui-même semble avoir implicitement dérogé à l'article 1832 du Code civil, en admettant l'existence de groupements dépassant le cadre contractuel, que l'on peut ne plus regarder la société comme un simple contrat. Et l'existence de cette dérogation paraît devoir être limitée à l'hypothèse d'une société faisant appel à l'épargne publique : c'est dans ce cas seulement en effet que l'on peut admettre la préexistence de la personne morale à l'accord des associés (1), ce qui conduit à considérer la constitution de la société au moins dans sa phase préliminaire comme étant un acte de volonté unilatérale de la part des fondateurs.

35 *bis*. — (2) En Allemagne, le capital minimum d'une société anonyme est de 100.000 DM; en Suisse il est de 50.000 frs (HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, t. I, n° 520).

(3) Cf. DE SOLA CANIZARÈS, article précité, p. 372.

36. — (1) V. *infra* n° 40.

Mais dans toutes les autres hypothèses et même dans le cas limite d'une société anonyme ne faisant pas appel à l'épargne publique, il semble que la conception contractuelle garde toute sa valeur. Lorsque la constitution d'une société anonyme est instantanée, les associés se connaissent et discutent entre eux la contre-prestation qui sera attribuée à chacun en contre-partie de son apport. Il y a véritablement contrat de société.

Il semble donc nécessaire de reconnaître à la conception contractuelle un champ d'application particulièrement étendu : elle concerne des sociétés très importantes et de toutes petites entreprises. Et l'analogie juridique entre ces ensembles économiques très dissemblables est encore renforcée par l'existence largement admise de la personnalité morale dans toutes les sociétés sauf les sociétés en participation. Ces éléments communs aux divers types de sociétés conduisent en droit positif à une conception largement unitaire de l'apport, conception regrettable *de lege ferenda* puisque l'état d'esprit de l'apporteur qui met son bien en société peut être fort différent selon les cas : simple changement du mode d'exploitation du bien ou au contraire renonciation complète à toute prérogative de propriétaire.

Cette conception unitaire de l'apport s'organisera autour de la notion de personnalité morale ; cette notion entraînant au profit de l'être moral la création d'un patrimoine, l'apport impliquera une transmission du bien apporté, lequel passera du patrimoine de l'apporteur dans celui de la société. Et c'est seulement en limitant la portée de la notion de personnalité morale que l'on pourra donner une certaine place aux aspirations de l'apporteur qui entend conserver le contrôle de son bien (2).

Comme d'autre part certaines formes de sociétés se rattachant à la conception contractuelle (par exemple les sociétés anonymes à création instantanée) sont juridiquement très proches des sociétés se rattachant à la conception institutionnelle, la différence entre les apports effectués au profit de sociétés de l'un ou de l'autre groupe sera moins une différence de nature qu'une différence de technique. Lorsqu'il existera un véritable contrat de société, l'apport se trouvera inclus dans ce contrat. Au contraire dans la société constituant une institution, l'apport revêtira la forme d'une convention passée entre la société et l'apporteur.

36. — (2) Sur le caractère translatif de l'apport en propriété, v. *infra* n^os^ 93 et s.

SECTION II

CONSÉQUENCES DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE DE LA SOCIÉTÉ A L'ÉGARD DE L'APPORT

37. — Lorsque l'on considère la société comme un contrat on est amené à lui reconnaître le caractrèe synallagmatique, chacun des associés effectuant une prestation et cette prestation étant effectuée dans l'espoir d'obtenir une contre-prestation. La prestation effectuée par l'associé est l'apport. Sans doute l'associé assumera-t-il parfois d'autres obligations au cours de la vie sociale : notamment lorsque sa participation aux pertes n'est pas limitée à son apport, il peut être tenu des dettes sociales *in infinitum*. Mais cette obligation de participation aux pertes n'est pas à proprement parler un élément de la prestation que doit fournir l'associé ; elle est plutôt un élément de la contre-prestation qui lui est accordée : l'attribution de droits sociaux. Et cette attribution de droits sociaux est fonction de l'apport : elle apparaît comme étant la contre-partie de l'apport. L'apport constitue de ce fait l'objet de l'obligation de l'apporteur et il est la cause de l'obligation de ses coassociés (1).

Dès lors si l'on retient la conception contractuelle de la société, on admet comme conséquence que l'apport est un simple élément d'un contrat plus vaste et plus complexe, dont il ne saurait être détaché.

Pourtant cette idée a été mise en doute et il a été soutenu que dans tous les types de sociétés, l'apport est un contrat accessoire du contrat de société mais ayant une existence propre (2). L'argument essentiel invoqué à l'appui de cette théorie est que l'apport répond à la définition que l'article 1101 du Code civil donne du contrat. En effet il y a comme le veut cet article engagement de la part de l'apporteur de donner ou de faire quelque chose. Mais il apparaît nettement que cet engagement bien loin de faire l'objet d'une convention annexe constitue au contraire un élément essentiel du contrat de société lorsqu'il en existe un. De plus admettre qu'un contrat constitue l'élément d'un autre contrat apparaît, dans les conditions où cette superposition se produirait, comme une hérésie juridique.

Il faudrait pour que l'on puisse admettre l'existence d'une convention d'apport dans le cadre d'un contrat de société considérer que ce dernier est susceptible d'être décomposé en plusieurs conventions distinctes : on analyserait alors le contrat de société comme étant constitué en premier lieu par une

37. — (1) Sur ce point, v. *infra* n° 183.

(2) J. ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature*, Thèse manuscrite Paris 1949, p. 23.

convention créant la personne morale et établissant son statut, et en second lieu par une autre convention mettant à la disposition de cette personne morale certains biens : les apports des associés.

Mais cette analyse juridique ne saurait être satisfaisante lorsqu'il y a contrat de société, car un tel contrat suppose que la création de la personne morale et la mise à sa disposition des apports s'effectuent simultanément. Les parties n'entendent pas ainsi décomposer l'opération : elles mettent en commun certains biens et c'est de cette mise en commun que naît, si certaines conditions de fond et de forme sont remplies, la personne morale.

Dans la conception contractuelle la personne morale n'est qu'un moyen technique commode de donner un titulaire au patrimoine constitué par la réunion des apports, et cela dans une législation positive qui n'a pas prévu une organisation rationnelle de l'indivision et qui est hostile à la notion de patrimoine d'affectation dépourvu de titulaire. L'idée de groupement ne doit pas être ici poussée à l'extrême : s'il y a transfert du bien apporté d'un patrimoine à un autre, il y a surtout transformation d'un mode de propriété individuelle en un mode de propriété collective.

Derrière la personnalité morale de la société (personnalité dont il ne faut pas exagérer l'importance dans l'hypothèse envisagée) la personnalité des associés ne disparaît pas complètement. Quoique le bien faisant l'objet de l'apport s'intègre dans le patrimoine social, l'apporteur ne perd pas complètement le contrôle de son bien.

Le plus souvent les statuts seront rédigés de telle manière que le bien apporté s'il est de quelque importance ne pourra pas être cédé par la société sans le consentement de l'apporteur qui aura en tant qu'associé son avis à donner et disposera d'une sorte de droit de veto si l'aliénation lui déplaît. Il est évident que dans une société composée de quelques membres seulement, l'apporteur principal, celui qui, par exemple, aura mis à la disposition de la société le fonds de commerce servant à l'exploitation sociale, sera loin d'avoir perdu tout droit sur son apport (3).

37 bis. — Ainsi dans la mesure où la conception contractuelle garde un certain domaine d'application, l'apport apparaît comme étant une prestation incluse dans un contrat de société et non comme une convention particulière conclue entre une société et un apporteur.

37. — (3) Cette idée qu'il importait de mettre en lumière dès maintenant pour montrer que, dans la conception contractuelle, il faut contenir dans de justes limites la notion de personnalité morale, sera reprise au cours de l'étude de la transmission de propriété opérée par l'apport. — V. *infra* n° 100.

Toutefois cette idée n'est complètement exacte que pour les apports intervenant lors de la constitution de la société ; en ce qui concerne les apports qui interviennent postérieurement, il est possible de faire une application de la notion de convention d'apport même dans les personnes morales pour lesquelles existe à la base un véritable contrat de société. Dans l'hypothèse où ces personnes morales procèdent au cours de leur existence sociale à des augmentations de capital, ce qui est relativement fréquent en matière de société à responsabilité limitée par exemple, on peut considérer que l'apporteur contracte avec la société, puisque celle-ci préexiste à l'opération. Il y aura une convention d'apport indépendante du contrat de société originaire et dont l'indépendance se marquera par le fait que si cette convention est entachée de nullité, la société n'en continuera pas moins à être valable entre les associés antérieurs (1). Mais c'est surtout pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique que peut être développée l'idée de convention d'apport.

SECTION III

CONSÉQUENCES DE LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DE LA SOCIÉTÉ A L'ÉGARD DE L'APPORT

38. — Si dans leur immense majorité les auteurs sont d'accord pour considérer qu'une conception purement contractuelle de la société est dépassée en ce qui concerne les grandes sociétés anonymes, si une majorité se retrouve encore pour qualifier d' « institution » la notion qu'il convient de substituer en cette matière à celle de contrat de société, les plus grandes divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de préciser les contours de cette nouvelle notion. Dans sa forme la plus évoluée la théorie institutionnelle écarte tout élément contractuel de la fondation de la société anonyme. Après avoir établi le caractère excessif de cette solution, il sera possible de montrer comment, en admettant l'existence d'une convention d'apport, on peut maintenir un certain élément contractuel même dans l'hypothèse d'une société faisant appel à l'épargne publique.

§ 1. — LA THÉORIE DE L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL DES APPORTEURS ET SES ANTÉCÉDENTS

38 bis. — C'est un des grands mérites de la conception institutionnelle que d'avoir permis de dégager l'idée d'une personnalité morale de la société anonyme en formation et il

37 *bis.* — (1) Cf. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 285. V. également *infra* n° 179.

apparaît utile de montrer le bien fondé des théories actuelles sur ce point. Etant donné l'importance de cette personnalité morale en ce qui concerne les opérations d'apport, puisque c'est durant la période constitutive que celles-ci interviendront, il convient de retracer l'évolution des théories qui se sont succédées au sujet de la fondation d'une société anonyme. Mais l'admission de la personnalité morale de la société en formation n'entraîne pas comme conséquence obligatoire la reconnaissance du caractère unilatéral de l'engagement des apporteurs. C'est ce qu'il est également nécessaire d'établir.

A) Evolution des théories en matière de fondation d'une société anonyme

39. — Lorsqu'il s'agit de la création d'une société anonyme faisant appel à l'épargne publique, il s'écoule naturellement un délai assez long entre le moment où les fondateurs décident la création de la société et le moment où la société est définitivement constituée, la deuxième assemblée générale ayant approuvé les apports en nature et nommé le premier conseil d'administration (1). Cette période de temps est nécessaire à la recherche, par les fondateurs, des capitaux et des apports en nature utiles au fonctionnement de la future société ; elle est aussi nécessaire à l'accomplissement des formalités requises pour que les apporteurs puissent effectuer la mise en commun de leurs biens en toute connaissance de cause.

Et pendant cette période où la société est « en formation » selon l'expression utilisée par le législateur lui-même dans le décret-loi du 31 août 1937 se pose le problème de savoir si la société a déjà une existence juridique.

Tant que l'on a admis une conception contractuelle même pour la société anonyme, on était conduit à considérer que le contrat ne pouvait être valablement formé qu'après l'accomplissement des dernières formalités légales. Dès lors la personnalité morale de la société n'apparaissait qu'à ce moment là : antérieurement les fondateurs ne pouvaient avoir agi qu'en leur nom personnel, la société n'existant légalement qu'à partir de sa constitution définitive (2).

Cette conception entraînait des difficultés pratiques considérables car elle conduisait à analyser l'apport comme une convention préalable réalisée entre l'apporteur et les fondateurs

39. — (1) C'est en effet après ces décisions de la deuxième assemblée générale constitutive que la société anonyme prend véritablement naissance. — Cf. L. Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, thèse Paris 1938, p. 306; P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy 1949, p. 110.

(2) Trib. com. Seine, 2 mars 1935, Rev. trim. dr. sociétés 1935, p. 276.

agissant pour leur compte, ceux-ci faisant ultérieurement passer le bénéfice de ces conventions à la société après la constitution définitive de celle-ci (3). Ainsi dans cette conception il était nécessaire d'admettre deux transmissions successives de la propriété des apports, avec toutes les conséquences de droit civil et éventuellement de droit fiscal que comporte une telle solution.

Aussi la doctrine chercha-t-elle rapidement à donner une certaine personnalité juridique à la société en formation, pour permettre à celle-ci de bénéficier directement des apports effectués. Parmi ces tentatives la plus célèbre est celle de Thaller (4) qui élabora la théorie de la personnalité interne de la société en formation, théorie permettant d'admettre l'existence d'un lien de droit immédiat entre les apporteurs et le groupement aspirant à l'existence.

L'application aux personnes morales en formation de la règle « *infans conceptus pro nato habetur* » a été également envisagée, en se fondant sur la ressemblance qui existe dans une certaine mesure entre une société anonyme qui n'est pas définitivement constituée et un enfant conçu (5).

Mais de telles théories étaient encore bien imparfaites. A la théorie de la personnalité morale interne, on peut objecter que l'un des attributs essentiels de la personnalité morale est son opposabilité à tous et qu'une personne morale qui ne pourrait pas faire reconnaître son existence par les tiers est une notion qui n'est pas en harmonie avec le droit positif français (6).

Aux théories se référant à la maxime « *infans conceptus* », on peut adresser bien des critiques qu'on peut rattacher soit au fait que les fictions sont d'interprétation restrictive, soit aux différences existant entre la situation de l'enfant conçu et celle de la société en formation (7).

Cependant ces théories encore imprécises (8) indiquaient une direction à suivre : elles préparaient l'abandon de la con-

39. — (3) Cf. de même la solution imaginée par l'auteur allemand Dernburg (*Lehrbuch des Preussischen Privatsrecht*, 1894-1897, tome II, p. 604 et s.) selon laquelle il y aurait constitution d'une société civile provisoire entre fondateurs et souscripteurs.

(4) Thaller (et Percerou), *Dr. com.*, n° 501. Dans le même sens, Pic et Kréher, *Soc. com.* (collection Thaller), t. II, n° 841.

(5) V. l'exposé et la critique des tentatives d'extension aux personnes morales de la règle « *infans conceptus...* » dans la thèse précitée de L. Sébag, p. 322 et s.

(6) Cf. F.-P. Benoit, *Les contrats passés au nom des sociétés anonymes en formation*, thèse Rennes 1943, p. 15; Coulombel, thèse précitée, p. 121.

(7) Ripert, *Dr. com.*, n° 926

(8) Thaller parle d'une « existence latente et sourde » de la société anonyme en formation.

ception purement contractuelle en ce qui concerne les grandes sociétés anonymes. L'admission de la théorie institutionnelle allait permettre d'une part une analyse juridique très satisfaisante de la fondation et d'autre part la reconnaissance à la société en formation d'une personnalité juridique suffisante pour être le support d'une transmission directe à la société des apports faits par les futurs associés.

40. — La fondation de la société anonyme ne résulte pas d'un contrat. Elle procède de la volonté unilatérale d'un groupe de personnes qui se sont assigné pour mission de constituer la société et que la loi appelle les fondateurs (1). L'existence de la société commencera à partir du jour où par un acte non équivoque la volonté des fondateurs s'est manifestée. A partir de ce moment les fondateurs peuvent être considérés comme les organes provisoires de la société, ou si l'on préfère comme agissant en qualité de gérants d'affaires au profit de la société.

Bien entendu ce passage du stade contractuel au stade de l'institution s'accompagne d'une étroite réglementation législative. On ne peut pas en effet laisser les fondateurs entièrement libres d'agir comme bon leur semble car autrement les épargnants qui leur ont fait confiance risqueraient d'être exposés à de pénibles déceptions. Pour cette raison le législateur a tracé le cadre nécessaire qui jouera à l'égard de la société de nature institutionnelle le rôle qui était imparti à l'accord de volonté des associés dans la société de nature contractuelle. Ainsi l'acceptation des apports en nature par les associés qui n'est soumise à aucune formalité particulière dans les autres sociétés, s'effectue en matière de société anonyme selon une minutieuse réglementation.

Reconnaître dans ces conditions que, dès la fondation, la société possède la personnalité morale ne présente que des avantages (2). On peut toutefois se demander si cette personnalité est aussi étendue que celle d'une société définitivement constituée. Il ne le semble pas. Sans doute la théorie de la personnalité interne doit-elle être écartée comme un développement précédent l'a montré (3). Mais on ne doit pas pour autant admettre les fondateurs à passer n'importe quel acte au profit de la société anonyme en formation.

Selon un auteur (4), cette société serait une personne juridique incapable, comme un mineur. Et cet auteur semble ainsi

40. — (1) RIPERT, *Dr. com*, n° 927; — COULOMBEL, thèse précitée, p. 121.

(2) Après avoir été pendant assez longtemps une conception purement doctrinale, l'idée de la personnalité morale de la société anonyme en formation commence du reste à être admise par certaines juridictions (v. Trib. civ. Metz, 13 juillet 1950, J C.P. 1952. II. 6812, note D. BASTIAN).

(3) V. *supra* n° 39.

(4) F.-P. BÉNOIT, thèse précitée, p. 51 et s.

considérer qu'il s'agit d'une incapacité d'exercice, notion qui n'a pas grande signification quand on l'applique à une société, car de toute manière celle-ci ne pourra agir que par l'intermédiaire de ses organes.

Si donc on peut considérer la société en formation comme une personne juridique incapable, c'est en entendant par là qu'elle est frappée de certaines incapacités de jouissance : ainsi les opérations d'exploitation des biens de la société ne seront possibles qu'après la constitution définitive ; mais l'acquisition de ces mêmes biens doit être permise antérieurement, par voie d'apport notamment, cette acquisition étant nécessaire à la constitution de la société.

Par conséquent même si l'on considère la société anonyme en formation comme une personne morale frappée de certaines incapacités, il faut exclure du domaine de ces incapacités la conclusion de conventions d'apport passées entre la société, représentée par ses fondateurs, et les propriétaires des biens qui vont être mis en commun. Mais peut-on parler de convention d'apport ? Certains auteurs ont déduit de la conception institutionnelle de la société et du caractère unilatéral de la fondation que l'engagement des apporteurs était, dans la grande société anonyme, un acte également unilatéral. Leur théorie doit être exposée maintenant.

B) Exposé et critique de la théorie de l'engagement unilatéral des apporteurs

41. — C'est à propos de la souscription des actions qu'a été élaborée la théorie de l'engagement unilatéral des apporteurs (1). Mais comme la souscription ne constitue qu'une variété d'apport, un apport de numéraire, il semble logique d'admettre que la théorie de l'engagement unilatéral est susceptible d'être généralisée de manière à englober toutes les catégories d'apport.

Cette conception prend comme point de départ l'idée que l'apporteur, et en particulier le souscripteur, ne contracte ni avec une société qui n'a pas encore d'existence légale, ni avec les fondateurs qui ne peuvent « céder des droits qui ne leur appartiennent pas ». (2)

Ce point de départ semble erroné. En effet la théorie de l'engagement unilatéral des souscripteurs se rattache à la conception institutionnelle de la société, laquelle admet l'exis-

41. — (1) THIBAULT-LAURENT, *Nature juridique de la souscription à une société anonyme*, Rev. gén. dr. com. 1942, p. 261 et s.; G. RIPERT, *Dr. com.* n° 953; — cf. également ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. II, n° 528.

(2) RIPERT, *op.* et *loc. cit.*

tence de la personnalité juridique au profit de la société anonyme en formation. Or si la société en formation est une personne morale, il n'y pas d'obstacle à ce que cette société passe les contrats nécessaires pour sa constitution et ces contrats seront conclus par les fondateurs agissant en qualité d'organes ou tout au moins en qualité de gérants d'affaires de la société en formation. Dès lors un premier obstacle disparaît en ce qui concerne l'admission de la notion de convention d'apport. Et disparaît également une première justification de la théorie de l'engagement unilatéral.

Mais cet examen préliminaire permet seulement de dire que si l'on reconnaît la personnalité morale de la société en formation, l'on peut *a priori* admettre aussi bien la conception synallagmatique que la conception unilatérale de l'apport. Il est nécessaire d'approfondir davantage la théorie de l'engagement unilatéral si l'on veut en démontrer l'inexactitude.

Selon cette théorie, l'apporteur « déclare sa volonté d'entrer dans la société qui sera créée » (3) et cette déclaration de volonté une fois remise aux fondateurs devient irrévocable. Il y a engagement unilatéral, valable parce qu'il est donné selon certaines formes expressément prévues par la loi.

Ainsi envisagée cette conception soulève d'importantes objections.

Tout d'abord elle méconnaît le fait que les souscripteurs ont été sollicités par les fondateurs soit par des démarches directes, soit par les mesures de publicité qui ont été prises. Or cette sollicitation présente de grandes analogies avec celle pratiquée par les commerçants qui mettent en vitrine certains produits avec indication du prix ou qui adressent à leurs clients des catalogues indiquant les objets disponibles.

Dans ces dernières hypothèses on parle d'*offre de la part* du commerçant et si le client complète cette offre par une *acceptation* le contrat est définitivement constitué. La situation se présente d'une manière semblable lors de la constitution d'une grande société anonyme : il y a offre des actions de la société (4) et la déclaration de volonté des souscripteurs s'analyse comme étant l'acceptation de cette offre et non comme un engagement unilatéral.

41. — (3) RIPERT, *op.* et *loc. cit.*

(4) En ce sens PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. II, n° 874; HOURTOULLE, *Le contrat de souscription*, thèse Bordeaux 1942, n° 103.

Certains auteurs, tout en admettant le caractère synallagmatique de la souscription, considèrent toutefois que c'est l'engagement du souscripteur qui constitue l'offre, le contrat ne se formant qu'après l'acceptation de cette offre par les fondateurs (HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. 1, n° 656 *in fine;* CONSEIL, *La souscription et le versement dans les sociétés par actions*, thèse Paris 1939, p. 31). Cette solution apparaît erronée. Elle méconnaît en premier lieu la véritable nature de la proposition initiale faite par les fondateurs. D'autre part, en

42. — Sans doute peut-on considérer la souscription comme constituant un acte d'adhésion à l'égard de la société en formation puisque le souscripteur n'a pas la possibilité de discuter les conditions qui lui sont proposées par la société. Mais cette analyse ne constitue pas un argument en faveur de la théorie de l'engagement unilatéral.

En effet il importe de remarquer tout d'abord que cet argument vaut seulement pour la souscription, car en matière d'apport en nature le nombre d'actions à attribuer au propriétaire du bien en contre-partie de son apport peut faire l'objet d'échanges de vue et de discussions entre l'apporteur et les représentants de la société.

Mais même en matière de souscription le caractère d'acte d'adhésion de l'apport ne fait pas obstacle à ce que l'on reconnaisse à l'opération le caractère synallagmatique. En effet la situation se rapproche alors de celle qui existe dans beaucoup de ventes. Très souvent l'acheteur éventuel ne peut pas discuter le prix du produit qui lui est proposé ; il ne peut que refuser le produit ou accepter d'en payer le prix. Les transactions commerciales dans lesquelles l'acheteur ne discute pas les conditions du vendeur sont extrêmement fréquentes surtout au stade du commerce de détail (1) et pourtant on ne refuse pas à ces transactions l'appellation de contrat.

Tout au plus a-t-on créé, pour en préciser la nature juridique, la notion de contrat d'adhésion, mais il s'agit bien là d'une convention et même d'une convention synallagmatique puisqu'elle produit des obligations à la charge des deux parties. De même pour l'épargnant, mis au courant de l'offre des fondateurs, se présente l'alternative de souscrire ou de ne pas souscrire. Mais s'il souscrit, sa volonté se rencontre avec celle de la société exprimée par les fondateurs et l'accord de ces deux volontés constitue un contrat. Ce contrat va faire naître des obligations à la charge des deux parties (2) et c'est une nouvelle criti-

exigeant une acceptation de la souscription par les fondateurs, elle introduit une formalité que rien ne justifie et qui laisse aux fondateurs la possibilité d'écarter arbitrairement tout souscripteur leur apparaissant indésirable. Certes les fondateurs peuvent réduire les souscriptions au cas où elles dépassent le montant du capital social, mais cela tient seulement au fait que, dans ce cas, le montant des acceptations a dépassé celui des offres. D'ailleurs, la réduction des souscriptions sera le plus généralement prévue par une clause insérée dans le bulletin de souscription et les modalités de cette clause devront être respectées par les fondateurs.

42. — (1) Il importe de remarquer toutefois que la *vente à prix imposé* a été rendue illicite par la loi du 18 juillet 1952 et le décret du 9 août 1953 (V. Juris-Cl. com. Annexes, *Des ventes commerciales*, fascicule XXX *bis*).

(2) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 656; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 873 *bis;* Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 587.

que que l'on peut adresser à la théorie de l'engagement unilatéral, car on voit mal comment un tel engagement pourrait faire naître des obligations à la fois à la charge de la société et à la charge de l'apporteur.

43. — A l'égard de l'associé la souscription se présente comme un acte créateur d'obligation puisque cet associé devra effectuer l'apport promis. Les obligations de la société à l'égard de l'apporteur apparaissent peut-être moins nettement, mais elles existent cependant. En effet en échange de son apport l'associé attend une attribution de droits sociaux et cette attribution, comme dans le cas où il existe véritablement un contrat de société, constitue la cause de l'apport.

Puisqu'il s'agit d'une société anonyme, l'attribution de droits sociaux se matérialisera par la remise d'actions à l'apporteur. Il est donc logique de considérer qu'à la suite de la souscription aussi bien qu'à la suite d'un apport en nature, il pèse sur la société anonyme l'obligation de délivrer à l'apporteur les titres souscrits. Cette solution est admise par la jurisprudence qui a ainsi décidé à plusieurs reprises que le souscripteur peut demander la résolution de son engagement lorsqu'on ne lui remet pas les titres correspondant à son apport (1).

L'existence de l'obligation de délivrer les actions souscrites n'est pas niée par les auteurs partisans de la théorie de l'engagement unilatéral mais il donnent à cette obligation une source différente : elle ne prendrait pas naissance à la suite du contrat de souscription mais à la suite de la décision prise par les fondateurs de créer la société.

Il faut remarquer qu'on aboutit ainsi à considérer qu'il y a deux engagements unilatéraux , celui des fondateurs et celui des souscripteurs, et il paraît assez malaisé de faire la liaison entre eux si l'on s'en tient à cette conception. Si l'on considère au contraire que ces engagements sont la cause l'un de l'autre et qu'ils se réunissent dans le cadre d'une convention synallagmatique, on arrive à une conception juridique plus satisfaisante.

De plus si l'on admet cet engagement unilatéral des fondateurs dès qu'ils décident de créer une société, on doit remarquer que les bénéficiaires de l'engagement sont, au moment où il est pris, indéterminés et indéterminables. Cette détermination n'interviendra qu'au fur et à mesure par le jeu des souscriptions et des apports en nature.

Tant qu'aucune souscription n'est intervenue, qu'aucun apport n'a été promis, les fondateurs peuvent librement renoncer à la constitution de la société : qui pourrait engager leur

43. — (1) Paris, 17 janv. 1935, *J. Soc.* 1937, 236; Trib. com. Seine, 2 mars 1935, *Rev. trim. dr. sociétés*, 1935, p. 276.

responsabilité ? Il faut donc considérer que l'obligation de délivrance des titres n'apparaît qu'en fonction des souscriptions et qu'elle ne prend naissance, au moins de manière déterminée et positive, qu'à la suite de ces souscriptions. L'obligation de remettre les actions pèsera à titre principal sur la société dont les fondateurs ne sont que les organes ou les gérants d'affaires et la responsabilité des fondateurs présentera un caractère subsidiaire.

La théorie de l'engagement unilatéral des apporteurs ne semble donc pas rendre compte de manière satisfaisante du mécanisme de la création des sociétés anonymes. Un élément contractuel doit être réintroduit dans la théorie institutionnelle.

§ 2. — L'EXISTENCE D'UNE CONVENTION D'APPORT DANS LES SOCIÉTÉS FAISANT APPEL A L'EPARGNE PUBLIQUE

44. — « La théorie institutionnelle ne nie pas que la société ait été fondée par un contrat, mais ce contrat a donné naissance à une institution... » : c'est en ces termes que s'exprime M.E. Gaillard dans un ouvrage sur « La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société » (1). De même M. Renard a montré comment très souvent l'élément contractuel et l'élément institutionnel se combinent, notamment en matière de sociétés commerciales (2). Il résulte de ces opinions autorisées que la conception institutionnelle n'est nullement incompatible avec le maintien d'un certain élément contractuel à l'origine de la société. Bien plus on pourrait parfaitement et sans risque de se contredire limiter la conception institutionnelle au *fonctionnement* de la société anonyme, tout en maintenant intégralement la conception contractuelle en ce qui concerne la *constitution* d'une telle société.

Cependant cette théorie ne rendrait pas exactement compte de la réalité et présenterait des insuffisances car il ressort des constatations faites précédemment qu'il est de la plus haute utilité de reconnaître une valeur juridique certaine à la décision unilatérale prise par les fondateurs de créer la société. Mais s'il apparait ainsi nécessaire d'admettre la valeur juridique de cette décision, c'est parce qu'il est utile de reconnaître à la société en formation une certaine personnalité juridique et que cette

44. — (1) Thèse Lyon 1932, p. 37.

(2) G. RENARD, *La théorie de l'institution*, t. I, p. 437, « Dans la société le contrat n'est pas seulement à l'origine de l'institution, il lui demeure sous-jacent et c'est pourquoi le droit individuel des associés ressort à la dissolution de la société et sert de base à la liquidation de l'actif. »

personnalité ne peut trouver une justification satisfaisante qu'en admettant au profit des fondateurs un pouvoir de création.

Arrivé donc à ce point de l'analyse, il convient de se demander pourquoi l'attribution de la personnalité juridique à la société en formation apparaît ainsi fort nécessaire : il semble bien que l'intérêt essentiel qui s'attache à cette attribution est de permettre par ce moyen à la société de conclure par l'intermédiaire de ses fondateurs les contrats nécessaires à sa constitution. Il est alors logique de considérer la souscription et plus généralement l'apport comme étant précisément l'un de ces contrats nécessaires à la constitution de la société et que les fondateurs agissant au nom de la personne morale ont le pouvoir de conclure.

Et l'on peut ainsi concilier d'une part la nécessité de reconnaître à la souscription un caractère synallagmatique et d'autre part une admission assez large de la théorie unilatérale de la fondation. Il suffit d'admettre que les fondateurs, en entreprenant la création de la société, ont pris une décision qui, dès qu'elle est manifestée expressément par un acte non équivoque, a une valeur légale et permet de reconnaître une certaine personnalité juridique à la société en formation. Mais cette *décision* n'est pas pour autant un *engagement* : l'engagement n'apparaît que par la conclusion des contrats de souscription ou d'apport qui comme toutes les conventions synallagmatiques produisent des obligations à la charge des deux parties.

On aboutit ainsi à admettre l'existence d'une série de contrats d'apport en nature ou en numéraire (ces derniers étant appelés contrats de souscription). Ces contrats ne sont pas conclus entre tous les associés comme le contrat de société de type classique : ils sont conclus entre l'associé apporteur et la société. Mais ce n'est pas à dire qu'ils soient sans liens entre eux. Comme l'a dit un auteur, « ils sont réunis en un faisceau par une finalité commune : la création de la société » (3).

Ce maintien d'un élément contractuel permet en droit positif de respecter dans une large mesure, même dans le cas d'une grande société anonyme, l'article 1832 du Code civil qui considère la société comme un contrat. Sans doute n'y a-t-il plus ici à proprement parler contrat de société (et l'on peut considérer d'ailleurs qu'en ce qui concerne le fonctionnement de la grande société de capitaux, c'est par la volonté du législateur lui-même que le stade du contrat a été dépassé), mais du moins faut-il pour demeurer en harmonie avec le droit positif maintenir l'existence d'un accord de volontés au stade de la création de la société. Et par ailleurs en admettant qu'à ce stade il y a conclusion d'une convention d'apport, on justifie le maintien, en cas

44. — (3) GAILLARD, thèse précitée, p. 51. — Cf. THALLER, note sous Cass. 30 mai 1892, D.P. 1893. I. 105.

d'apport à une société anonyme, des conditions traditionnelles requises en matière de contrat : capacité, consentement, objet, cause.

*
* *

45. — La jurisprudence s'est montrée assez favorable à l'admission du concept de « contrat de souscription » (1) et le législateur lui-même a employé cette expression (2). Mais du fait qu'ils sont réticents pour admettre l'existence de la personnalité morale de la société en formation, les tribunaux se heurtent à de grandes difficultés pour préciser la nature juridique de ce contrat et les parties entre lesquelles il est conclu.

Il semble que dans la conception jurisprudentielle la souscription soit considérée comme un avant-contrat conclu entre les fondateurs et l'apporteur et qui n'aura d'efficacité que le jour où la société aura été définitivement constituée. Mais si l'on considère ainsi que jusqu'à sa constitution définitive la société est juridiquement inexistante, l'on se heurte aux plus graves difficultés pour préciser le rôle des fondateurs et pour transmettre à la société une fois qu'elle a acquis la personnalité morale le bénéfice des contrats conclus par les fondateurs.

Cette conception jurisprudentielle peut être améliorée à différents points de vue.

Tout d'abord il semble nécessaire de considérer que l'apport en numéraire ne constitue qu'une variété d'apport parmi d'autres. Le contrat de souscription n'est qu'une des formes que peut revêtir une convention ayant un domaine d'application plus étendu : le contrat d'apport.

En matière de sociétés de personnes il a été indiqué qu'il était possible d'admettre l'existence d'un tel contrat dans certaines hypothèses d'augmentation de capital. Mais c'est en matière de sociétés faisant appel à l'épargne publique que cette notion va trouver son plein épanouissement : les fondateurs passent au nom de la société en formation des contrats d'apport tantôt avec des associés qui effectuent une prestation en numéraire — c'est l'hypothèse du contrat de souscription —, tantôt avec des associés qui promettent des apports en nature.

Ces deux variétés de contrat d'apport ont un certain nombre de traits communs. Notamment dans les deux cas ce sont des actions ayant les mêmes droits qui seront remises aux apporteurs (3) et dans les deux cas également le problème de

45. — (1) Cass. civ. 25 juil. 1935, *J. Soc.* 1936, p. 544. — Cass. req. 22 avril 1941, *J. Soc.* 1942, p. 203.

(2) D.-L. 31 août 1937, art. 1er, modifiant L. 24 juill. 1867, art. 1er.

(3) Sous réserve toutefois des obstacles existant pendant deux ans en ce qui concerne la négociation des actions remises en contrepartie d'apports en nature.

savoir entre quelles parties est conclue la convention et en quelle qualité agissent les fondateurs se pose dans les mêmes termes.

46. — La conception jurisprudentielle apparaît ainsi insuffisante dans la mesure où elle n'envisage la question que sous l'angle du contrat de souscription. Mais elle est également critiquable du fait qu'elle ne précise pas de manière satisfaisante la nature de ce contrat, et qu'elle ne s'accompagne pas d'une reconnaissance simultanée de la personnalité morale de la société en formation. La jurisprudence a laissé ainsi libre cours à l'imagination des auteurs qui ont proposé des analyses variées, à partir des concepts fondamentaux du droit des obligations, notamment le *mandat* et la *stipulation pour autrui*.

La conception du fondateur mandataire de la société en formation est soutenue par l'auteur italien Tartufari (1), mais elle ne saurait être retenue dans le cadre où elle est présentée : celui d'une société en formation ne possédant pas la personnalité morale. On ne saurait en effet être mandataire d'une société qui n'a pas encore d'existence juridique.

Le recours à la notion de stipulation pour autrui proposé par certains auteurs (2) n'est guère plus satisfaisant. Tout d'abord en effet la validité d'une stipulation au profit d'une personne future peut être mise en doute et de plus on est amené à considérer qu'il y a de la part des fondateurs dans le cas du contrat de souscription non seulement stipulation pour autrui, mais également promesse pour autrui, la société devant assumer certaines obligations envers le souscripteur. Or en vertu de l'article 1119 du Code civil la promesse pour autrui est prohibée.

On doit donc écarter ces diverses théories qui s'efforçaient d'admettre la notion de contrat de souscription, tout en refusant de reconnaître la personnalité juridique de la société en formation. La reconnaissance de cette personnalité permet au contraire de parvenir à une analyse satisfaisante du contrat de souscription.

Il est certain en effet que si l'on considère la société en formation comme une personne morale, on peut logiquement en déduire que la convention d'apport est conclue directement entre la société et l'apporteur, solution qui est la plus simple puisqu'elle évite un problème délicat de transmission du bénéfice du contrat.

Mais comme toute personne morale, la société en formation ne peut contracter que par l'intermédiaire d'organes ou de représentants : ici ce sont les fondateurs qui concluent pour le compte de la société la convention d'apport. Toute difficulté

46. — (1) Dans un ouvrage ayant pour titre : *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti.*
(2) V. LACOUR et BOUTERON, *Dr. com.*, n° 423.

n'est pas pour autant résolue, car il est alors permis de se demander en quelle qualité interviennent les fondateurs.

Si l'on accepte la conception institutionnelle avec ses conséquences extrêmes, on doit considérer que les fondateurs sont les *organes* de la société en formation (3) et qu'ils se trouvent dans une situation analogue à celle des administrateurs après la constitution définitive. Cette position est logique mais elle semble cependant un peu adacieuse, car il ne faut pas oublier qu'à la différence des administrateurs qui sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires, les fondateurs agissent *proprio motu* sans avoir été chargés par quiconque d'aucune mission. Et l'on est ainsi frappé par la ressemblance qui existe entre leur initiative et l'initiative d'un gérant d'affaires telle que la conçoit le droit civil.

Aussi de longue date a-t-on songé à considérer les fondateurs comme accomplissant un acte de gestion d'affaires au profit de la société en formation et cela dès une époque où l'on n'admettait pas l'existence pour une telle société de la personnalité juridique (4). Dans cette conception ancienne il fallait ainsi admettre que la gestion d'affaires était opérée au profit d'une personne future et la théorie donnait matière à critique, car la gestion d'affaires emporte représentation et comme l'indique M. Ripert (5) on ne saurait représenter une personne morale avant qu'elle ait été créée.

Mais si l'on admet que la société en formation possède la personnalité juridique, alors rien ne s'oppose à ce que les fondateurs soient considérés comme ses gérants d'affaires. Sans doute peut-il paraître étonnant à première vue de considérer que les fondateurs, dont la décision de créer la société a permis à celle-ci d'acquérir la personnalité juridique, ne sont que des gérants d'affaires. Si l'on reconnaît à la société en formation la personnalité juridique, c'est que cette société est d'une part déjà un centre d'intérêts et que d'autre part ces intérêts sont mis en œuvre par une volonté. Cette volonté ne s'identifie-t-elle pas alors à celle des fondateurs, qui apparaîtraient ainsi comme des organes, avant toute nomination.

Il ne le semble pas, car, du jour où un certain nombre de souscriptions ont été réunies, la volonté des fondateurs ne s'identifie plus à celle de la personne morale : en effet celle-ci comprend maintenant d'autres associés que les fondateurs et ces associés ont le droit de voir les intérêts qu'ils ont mis dans la société efficacement protégés. Et puisque les apporteurs n'ont pas eu la possibilité de choisir l'organe chargé de défendre leurs

46. — (3) Coulombel, thèse précitée, p. 124.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 686 *bis;* Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n 621. — Rappr. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 845.

(5) *Dr. com.*, n° 952.

intérêts communs, du moins doit-on leur permettre de contrôler *a posteriori* les actes de ceux qui se sont ainsi portés gérants d'affaires.

Lorsqu'on admet que les fondateurs effectuent une gestion d'affaires au profit de la société quand ils concluent les conventions d'apport, on explique de manière satisfaisante l'obligation qui pèse sur eux de mener à bonne fin dans toute la mesure du possible la constitution de la société.

Un gérant d'affaires ne peut brusquement interrompre sa gestion sans motif grave. Si donc les fondateurs renonçaient à poursuivre les opérations de constitution alors que celles-ci étaient susceptibles d'être menées à bien, ils commettraient une faute envers les souscripteurs dont ils auraient immobilisé inutilement les capitaux (6) et cette faute serait source de responsabilité sur le fondement des textes relatifs à la gestion d'affaires, notamment l'article 1372 du Code civil.

La théorie de la gestion d'affaires permet de plus de donner une explication juridique satisfaisante du rôle des assemblées générales constitutives : ces assemblées sont appelées à se prononcer sur la ratification des actes passés par les fondateurs. Toutefois en raison de l'étroite réglementation légale en cette matière on ne doit pas méconnaître que cette ratification ne se présente pas exactement sous les mêmes aspects que dans la gestion d'affaires de droit commun.

Il convient de distinguer ici entre apports en numéraire et apports en nature. Les apports en numéraire sont irréfragablement présumés utiles pour la société ; l'assemblée constitutive n'aura donc qu'à vérifier seulement la sincérité de la déclaration de versement, elle ne pourrait en aucune façon rejeter certaines souscriptions.

En ce qui concerne les apports en nature, les pouvoirs de l'assemblée constitutive sont beaucoup plus larges. Elle est entièrement libre d'accepter ou de rejeter la convention qui est proposée à sa ratification. Bien plus, à la différence de ce qui existe en droit commun, la preuve de l'utilité de la convention conclue par le gérant d'affaires ne saurait ici suppléer au refus de ratification (7).

*
* *

47. — Si l'on peut ainsi considérer qu'il existe un véritable contrat d'apport au stade de la formation de la grande société

46. — (6) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 845 ; F.-P. Bénoit, *Les contrats passés au nom des sociétés anonymes en formation*, thèse Rennes 1943, p. 97.

(7) Au contraire en ce qui concerne les contrats, autres que les conventions d'apports, conclus par les fondateurs en qualité de gérants d'affaires (par exemple, les conventions conclues avec les imprimeurs, les banques...), il y aura application stricte des principes de la gestion d'affaires ; à défaut de ratification expresse par

anonyme, à plus forte raison doit-on admettre l'existence de ce contrat lorsque sont envisagés non plus les apports effectués au moment de la constitution de la personne morale, mais ceux qui interviennent au cours de son existence.

En effet dans ce cas le problème de la personnalité juridique de la société ne se pose pas. Il est certain que la société qui a été valablement constituée à l'origine possède une personnalité juridique qui préexiste à l'augmentation de capital. Cette opération se présente donc comme un ensemble de conventions d'apports et parfois sous la forme d'une seule convention d'apport si l'augmentation de capital est réalisée pour permettre l'incorporation au patrimoine social d'un apport unique.

Dans la conclusion de ces conventions d'apport, les différents organes de la société (conseil d'administration et assemblées générales) jouent le rôle que leur assigne le législateur. En particulier l'assemblée générale exercera un certain contrôle sur les conventions d'apport en nature conclues par les administrateurs : cela tient au fait que ceux-ci tout en étant organes de la société n'ont pas le pouvoir d'augmenter seuls le patrimoine social par voie d'apport.

*
* *

48. — L'admission de la notion de contrat d'apport ne doit pas faire perdre de vue que même dans ce cas l'apport constitue un des éléments fondamentaux de la société, puisque les règles dégagées précédemment sur ce point sont absolument générales et s'appliquent avec la même rigueur aux sociétés anonymes qu'aux autres.

Et c'est en fonction de cette idée que doit être envisagé le problème de l'autonomie de la convention d'apport. Il a été soutenu (1) que le contrat d'apport peut avoir une existence propre, distincte de l'existence de la société; et un argument en faveur de cette théorie est tiré de la règle généralement admise en doctrine (2), selon laquelle dans le cas d'apports effectués au cours de l'existence sociale la nullité de ces apports n'entraîne pas la nullité de la société.

les organes définitifs, l'utilité de la gestion d'affaires suffira à obliger la personne morale. La théorie de la gestion d'affaires aboutit à des résultats extrêmement satisfaisants sur ce point. Or comme il paraît logique d'admettre que, dans le contrat d'apport, le rôle juridique des fondateurs est le même que dans les contrats passés avec des tiers au nom de la société en formation, c'est un argument supplémentaire en faveur de la théorie qui considère les fondateurs comme des gérants d'affaires. — Cf. F.-P. Bénoit, thèse précitée, pages 87 et s.

48. — (1) J. Rouást, *La notion juridique d'apports en nature*, thèse Paris 1949, p. 26.

(2) Hémard, *Nullités de sociétés*, n° 285; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 871; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. II, n° 916.

L'idée de l'existence distincte de la convention d'apport dans la société anonyme est exacte en soi, mais ses conséquences ne doivent pas être poussées trop loin. Il faut combiner cette notion avec le caractère d'élément de la société que présente l'apport. On arrive ainsi à préciser les contours de cette indépendance de la convention d'apport et l'on s'aperçoit qu'elle est très relative.

D'abord si la société est entachée de nullité pour une raison quelconque, même si cette raison est tout à fait étrangère à l'apport, comme par exemple en cas d'exploitation illicite, la nullité de la société rejaillit complètement sur toutes les conventions d'apport.

Mais par contre logiquement on doit admettre que la nullité de la convention d'apport n'entraîne pas *ipso facto* la nullité de la société. Et c'est là un des intérêts essentiels qui s'attachent à la reconnaissance de l'existence d'une convention d'apport distincte de la société. L'on peut ainsi empêcher que la nullité de quelques souscriptions, pour incapacité par exemple, n'entraîne la nullité d'une très grande société.

Il suffira d'éviter qu'à la suite de l'annulation de ces souscriptions le capital cesse d'être entièrement souscrit ce qui serait une cause de nullité indépendante. Mais comme l'absence de souscription intégrale est l'un des vices de constitution auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 8 de la loi de 1867, il suffira, pour écarter la nullité de la société, que le vice soit réparé avant que le tribunal ait statué sur cette nullité. Pour réaliser cette réparation les souscriptions émanées d'incapables seront remplacées par d'autres émanées de souscripteurs capables (3).

Mais dans bien des cas, par exemple dans l'hypothèse d'apports en nature indispensables à l'exploitation sociale, la nullité de l'apport entraînera la nullité de la société s'il s'agit d'un apport effectué lors de la constitution de la personne morale. Ainsi apparaît le trait caractéristique de l'indépendance de la convention d'apport : cette indépendance est moindre quand il s'agit des apports effectués lors de la création de la grande société anonyme que quand il s'agit d'apports intervenant par le jeu d'augmentations de capital. Et cette différence s'explique par le fait que dans le premier cas il y a apport à une société en formation et que la validité de l'apport conditionne dans cette hypothèse la constitution même de la société.

49. — Réciproquement la réalisation de cette constitution conditionne l'exécution de la convention d'apport et il est permis de se demander si la convention d'apport est un acte pur

48. — (3) Sur tous ces points, v. *infra* n° 180.

et simple ou s'il s'agit d'un acte conditionnel, d'un contrat conclu sous condition de la constitution de la société. Pour répondre de manière satisfaisante il convient d'examiner séparément l'hypothèse d'apport en numéraire et celle d'apport en nature.

Dans le cas d'*apport de numéraire,* il n'est en aucune manière possible de considérer que la naissance de l'engagement des souscripteurs est retardée jusqu'à la constitution de la société, par le jeu d'une *condition suspensive.* Le législateur impose en effet le versement du quart du capital social au moins, antérieurement à la constitution définitive. Il est, dans ces conditions, nécessaire de reconnaître aux fondateurs le droit de poursuivre au cours de la période de formation le recouvrement des sommes promises.

Dira-t-on alors que l'échec de la constitution de la société joue à la manière d'une *condition résolutoire* (1) ? C'est là une analyse exacte mais dont le bien fondé ne suffit pas à conférer le caractère conditionnel au contrat de souscription. En effet dès lors que l'on considère celui-ci comme une convention synallagmatique, on lui rend applicable l'article 1184 du Code civil aux termes duquel « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Lorsque la constitution de la société ne se produit pas, ce texte doit recevoir application et les souscripteurs peuvent demander la résolution de leur engagement, pour inexécution de la promesse qui leur avait été faite de leur attribuer des actions en contre-partie de leur apport.

Dans le cas d'*apport en nature,* la convention d'apport passée entre les fondateurs et l'apporteur n'aura sa pleine efficacité qu'à partir du jour où elle aura été ratifiée par la seconde assemblée constitutive. Jusqu'à cette date l'assemblée garde la possibilité d'accepter ou de rejeter l'apport en nature et l'apporteur qui connaît (ou est censé connaître) ce pouvoir discrétionnaire de la société ne saurait être fondé à intenter une action à la suite du refus de son apport, ni contre la société car ce serait priver l'assemblée constitutive de sa liberté de décision, ni contre les fondateurs sauf quand ceux-ci se sont portés garants de la ratification.

Il n'en est pas moins vrai qu'à partir du jour où il a convenu avec les fondateurs de mettre son bien en société l'apporteur a pris un engagement pour lequel la ratification de

49. — (1) Trib. civ. Douai, 10 fév. 1904, *J. Soc.* 1904, 503. Cette décision considère que chaque souscription est subordonnée à une condition résolutoire ayant effet au cas où le capital social ne serait pas entièrement souscrit.

la société ne joue pas à la manière d'une condition suspensive, car une telle condition serait purement potestative, ce que n'admet pas le droit positif français.

Mais pour n'être pas conditionnelle la convention d'apport en nature passée entre l'apporteur et les fondateurs agissant au nom de la société présente cependant durant toute la période de formation un caractère de précarité (2) que n'a pas le contrat de souscription qui s'imposera à la société après sa constitution définitive.

Pour rendre compte du pouvoir discrétionnaire de rejet qui appartient à l'assemblée constitutive à l'égard des apports en nature, la solution la plus juridique semble être de considérer que la convention d'apport lors de sa conclusion entre l'apporteur et les fondateurs se présente comme *un accord de volontés à effets unilatéraux*. A ce moment seul l'apporteur sera engagé : il promettra de transférer l'apport moyennant l'attribution d'un nombre d'actions fixé par la convention. Cette situation durera jusqu'au jour où l'assemblée constitutive aura ratifié les conditions du contrat. Par cette ratification la société s'engagera à attribuer à l'apporteur la rémunération prévue pour son apport, c'est-à-dire le nombre d'actions indiqué dans la convention (3).

La convention d'apport prendra alors son caractère normal qui est d'avoir des effets *synallagmatiques*. La situation est analogue à celle qui se produit lorsqu'à une promesse de vente dont les effets sont unilatéraux succède, à la suite d'une décision du bénéficiaire de la promesse, une vente ayant ses effets synallagmatiques habituels. Jusqu'à la ratification, la convention d'apport se présente en quelque sorte comme une simple *promesse*, mais cette promesse à effets unilatéraux n'est pas un *acte* unilatéral ; elle suppose l'accord de volontés des parties sur un élément essentiel : l'importance des droits sociaux qui seront le cas échéant attribués en contre-partie de l'apport si celui-ci est accepté.

49. — (2) Ce caractère de précarité rappelle dans une certaine mesure celui que présente le contrat de mariage tant que le mariage n'est pas célébré. On remarquera à ce sujet que la doctrine tend de plus en plus à reconnaître au contrat de mariage, durant la période précédant la célébration, non pas un caractère *conditionnel*, mais un caractère simplement *éventuel* de manière à éviter que les effets de ce contrat ne rétroagissent au jour de sa conclusion, une fois le mariage célébré (v. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, t. III, n° 391 et 428; — cf. également RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, n° 60). De même la convention d'apport en nature ne doit prendre effet qu'à dater de sa ratification par l'assemblée constitutive (v. *infra* n° 246).

(3) Et si l'on doit reconnaître à l'assemblée constitutive le droit de réduire le nombre des actions dont l'attribution avait été prévue comme contre-partie d'un apport en nature (HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 727; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. II, n° 949), cette réduction ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'apporteur.

De plus dans le cas où l'apport est refusé, la convention d'apport disparaît, de même que, quand le bénéficiaire d'une promesse de vente déclare renoncer à s'en prévaloir, celle-ci est anéantie. On peut donc en conclure que la situation de convention à effets unilatéraux est pour l'apport éminemment transitoire. Les parties sont placées devant cette seule alternative : ou bien conférer le caractère synallagmatique à leur convention ou bien la voir disparaître.

Cette analyse juridique a l'avantage de rendre un compte très exact du droit positif : si l'on admettait l'apparition des effets synallagmatiques du contrat dès l'instant où l'accord de volontés de l'apporteur et des fondateurs est réalisé, il faudrait considérer que c'est à ce moment que se place le transfert de la propriété ou de la jouissance des biens à la société. Or une telle solution n'est pas admise par la jurisprudence française.

Celle-ci (4) décide au contraire que le transfert de propriété ou de jouissance ne s'effectue qu'à partir de la ratification de l'apport par la seconde assemblée constitutive. En considérant que jusqu'à cette ratification, il y a simple *promesse d'apport* la théorie retenue est donc parfaitement compatible avec les décisions jurisprudentielles. Et du fait qu'elle considère comme éminemment temporaires les effets simplement unilatéraux de la convention d'apport, elle n'empêche nullement de considérer comme étant un caractère essentiel de cette convention le fait qu'elle est destinée à produire des effets synallagmatiques.

50. — Le caractère synallagmatique du contrat de souscription a été mis en lumière par la jurisprudence (1) et le développement précédent a permis d'établir que ce même caractère devait être reconnu à la convention d'apport en nature au moins à partir du moment où elle est ratifiée par l'assemblée constitutive. Ce caractère synallagmatique tient au fait que l'obligation de l'apporteur de mettre certains biens à la disposition du patrimoine social trouve sa contre-partie dans l'attribution de droits d'associé qui est faite à l'apporteur.

Cette contre-partie est éminemment originale. Elle ne se retrouve pas dans les contrats ordinaires où la prestation remise en échange d'un bien ou d'un service est le plus souvent une somme d'argent. La reconnaissance de droits sociaux au profit de l'apporteur constitue donc un élément caractéristique de l'apport, et les conséquences qui découlent de cette attribution permettent de préciser davantage encore la nature juridique de cette opération.

49. — (4) Cass. req. 13 nov. 1935, D.H. 1935, 553; S. 1937. I. 287.
50. — (1) Cass. civ. 25 juil. 1935, *J. Soc.* 1936, p. 544; Cass. req. 22 avril 1941, *J. Soc.* 1942, p. 203; v. *supra* n° 45.

CHAPITRE TROISIEME

L'attribution de droits sociaux et ses conséquences sur la nature juridique de l'apport

---

51. — C'est en fonction du caractère d'élément nécessaire de la société qui doit être reconnu à l'apport et en fonction également de son caractère synallagmatique qu'il faut poursuivre l'étude de la nature juridique de l'apport. Les premières analyses qui viennent d'être faites permettent en effet de mettre en lumière que l'existence de l'apport étant intimement liée à l'existence de la société, c'est en fin de compte dans l'attribution de droits sociaux à l'apporteur que réside l'essence de l'apport (1).

Il apparaît nécessaire de tirer de cette constatation ses conséquences les plus importantes lesquelles doivent être recherchées dans différentes directions. Tout d'abord c'est de l'attribution de droits sociaux que l'on peut déduire deux caractères secondaires de l'apport : son caractère d'acte à titre onéreux et son caractère commutatif ; c'est en tenant compte aussi des droits sociaux conférés à l'apporteur que doit être résolu le problème du caractère civil ou commercial de l'apport. Mais envisagée sous un autre angle l'attribution de droits sociaux à l'apporteur doit également permettre de préciser les relations qui existent entre l'apport et le capital, puisque ce dernier est par hypothèse même composé par les actions ou les parts d'intérêts représentatives des droits sociaux.

51. — (1) On trouve dans l'ouvrage de Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. XII, par Rodière et Percerou, n° 441, cette excellente définition de l'apport : « Ce qui caractérise l'apport, ce n'est point la nature de la prestation qui le constitue, mais la nature de la contre-partie reçue par l'apporteur : l'apport est une prestation fournie en contre-partie d'une participation dans la société. »

SECTION I

LE CARACTÈRE D'ACTE A TITRE ONÉREUX ET D'ACTE COMMUTATIF DE L'APPORT

52. — La pratique commerciale, suivant en cela une distinction d'ordre fiscal, emploie assez fréquemment l'expression d'*apport à titre onéreux* opposant cette notion à celle d'apport pur et simple. Il s'agit là d'une terminologie que l'on ne peut que regretter. En effet ce que l'on qualifie d'apport à titre onéreux est une opération par laquelle une personne met un bien à la disposition d'une société et reçoit en contre-partie des avantages qui ne sont pas soumis aux aléas de l'entreprise : somme d'argent, titres à revenu fixe...

Il apparaît nettement que dans cette hypothèse il n'y a pas véritablement apport, puisqu'il n'y a pas attribution de droits sociaux. Lorsque la société remet au prétendu apporteur une somme d'argent, il y a vente et non apport (1), et lorsqu'il y a remise, au propriétaire du bien, de créances contre la société, il n'y a pas ici non plus un apport mais un échange d'une nature particulière. Les droits d'un créancier, même s'il se trouve dans la situation particulière d'un obligataire, ne sont pas en effet des droits sociaux. De même quand une personne met un bien à la disposition d'une société en stipulant comme seule contre-partie que cette société paiera certaines dettes, il ne s'agit pas non plus d'un véritable apport (2).

L'expression « apport à titre onéreux » ne se justifie donc pas, puisque les opérations qu'elle envisage ne constituent pas des apports dans le sens où il convient d'entendre ce terme. De plus cette expression est regrettable à un second point de vue : elle tendrait à faire croire que le véritable apport, l'apport pur et simple du droit fiscal, n'est pas un acte à titre onéreux. Ce serait une conception erronée et qui n'a jamais été sérieusement soutenue. Il apparaît en effet qu'en raison même de l'attribution de droits sociaux qui constitue son élément essentiel de qualification, l'apport présente le caractère onéreux.

52. — (1) Houpin et Bosvieux, *Soc.* t. I, n° 112.

(2) Au contraire si, comme c'est le cas normal dans une telle hypothèse, outre l'engagement qu'elle prend de payer tout ou partie du passif de l'apporteur, la société attribue à celui-ci certains droits sociaux, l'opération reçoit le nom d'*apport mixte*, et la terminologie traditionnelle doit ici être approuvée. Il s'agit bien en effet d'une opération mixte qui tient à la fois de l'apport et de l'échange. De même constitue un apport mixte une prestation qui est rémunérée en partie par l'attribution de droits sociaux et en partie par l'attribution d'une somme d'argent. L'opération participe en effet, dans ce cas, de l'apport et de la vente .

Le mobile poursuivi par l'apporteur lorsqu'il met son bien à la disposition de la société n'est pas dans l'immense majorité des cas un mobile désintéressé. La société en effet se distingue de l'association par le fait que l'apport effectué par chaque associé au profit de la société est réalisé dans le but de participer aux bénéfices qui seront obtenus par l'entreprise (3). Ce but poursuivi par les parties, qui se traduit juridiquement par l'attribution de droits sociaux en contre-partie de l'apport, confère à l'opération un caractère onéreux. Mais il est permis de se demander si l'apport, bien que par nature acte à titre onéreux, ne peut pas dans certaines hypothèses servir à réaliser une opération à titre gratuit, lorsqu'un ou plusieurs associés sont animés d'une intention de libéralité à l'égard d'un autre associé.

La société figure en effet au nombre des contrats à titre onéreux qui sont utilisés par certains donateurs comme moyen de réaliser une donation au profit d'une personne qu'ils veulent avantager. Pour masquer sous l'apparence d'une société une véritable donation les parties pourraient songer à un premier procédé qui est de dispenser de tout apport l'un des associés. En effet, l'attribution de droits sociaux à une personne qui n'a pas fait d'apport peut-être dictée par une intention libérale. Mais comme un précédent développement l'a montré (4) un tel procédé ne peut être valablement utilisé puisque chaque associé doit réaliser un apport. De même on ne peut admettre qu'un associé se contente de faire un apport simplement simulé, même si les autres membres de la société sont consentants.

L'apport de chaque associé doit être un apport réel. Mais, comme l'étude de la jurisprudence en cette matière a permis de l'établir (5), cette exigence est parfaitement compatible avec la possibilité pour une personne de faire apport d'un bien qui lui est parvenu à la suite d'une donation. Sans doute dans ce cas un acte à titre gratuit a précédé l'apport mais cela n'empêche pas que celui-ci conserve son caractère onéreux.

En effet une fois que le donataire a acquis la propriété du bien donné, il peut conclure à l'égard de ce bien des actes juridiques tels que vente ou location qui seront des actes à titre onéreux. La situation est analogue en matière de société : puisque, s'il y a un acte à titre gratuit, cet acte est intervenu antérieurement, l'apport lui-même se présente comme ayant le caractère onéreux, l'apporteur renonçant à ses droits exclusifs sur le bien en contre-partie d'une attribution de droits sociaux.

52. — (3) V. art. 1832, C. civ., et en doctrine : Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 15; Houpin et Bosvieux, *Soc.* t. I, n° 6; Pic et Kréher, *Soc. com.* t. II, n° 50; Ripert, *Dr. com.*, n° 557; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 401.

(4) V. *supra* n° 13.

(5) V. *supra* n° 14.

Ainsi, comme le dit à très juste titre Josserand (6), le contrat de société est un de ceux qui défend le mieux son caractère onéreux, un de ceux pour lesquels la force de résistance opposée par le titre onéreux au titre gratuit est particulièrement importante.

53. — Cette force de résistance du titre onéreux ne s'affirme du reste pas seulement par l'exigence d'un apport réel de la part de chaque associé. Elle s'affirme également dans une autre direction : lorsque l'intention libérale se situe non pas chez des associés prêts à dispenser de tout apport un de leurs coassociés, mais chez l'apporteur qui accepte délibérément de recevoir des avantages sociaux inférieurs à ceux auxquels il pourrait légitimement prétendre.

C'est dans cette hypothèse que se pose avec le plus de netteté le problème de savoir si un apport peut prendre exceptionnellement le caractère d'acte à titre gratuit. Puisqu'en effet c'est l'attribution de droits sociaux qui confère à l'apport le caractère onéreux, la renonciation de l'apporteur à cette attribution si elle était possible aurait pour conséquence de transformer l'opération en acte à titre gratuit.

Mais en droit positif français une renonciation absolue de l'apporteur à ses droits sociaux est entachée de nullité (1) et lorsqu'une clause privant par exemple un associé de toute participation aux bénéfices est insérée dans un contrat de société, ce n'est pas seulement la clause qui est nulle mais la société elle-même (2). Et une solution identique doit être donnée lorsque la clause, sans priver totalement l'apporteur de toute participation aux bénéfices, lui confère cependant des droits sociaux insignifiants eu égard à l'apport effectué.

Il est donc évident que l'immixtion du titre gratuit dans le titre onéreux en matière d'apport est ainsi rendue très difficile. Mais cette immixtion n'est pas complètement impossible : une telle impossibilité ne pourrait en effet résulter que d'une disposition légale obligeant les parties à stipuler une attribution de droits sociaux exactement proportionnelle aux apports.

Or si le Code civil prévoit dans son article 1853 une répartition des bénéfices et des pertes proportionnelle aux apports, il s'agit là d'une disposition supplétive et non d'une disposition impérative. A condition de ne pas priver complètement un apporteur de sa part de bénéfices et de ne pas non plus l'exonérer de toute perte, les associés auront la possibilité de fixer comme ils l'entendent leurs droits sociaux respectifs.

52. — (6) *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 286.

53. — (1) Ripert, *Dr. com.*, n° 680.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 48; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 188; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 58; Escarra, *Cours*, n° 531.

Donc si un apporteur désireux d'avantager ses coassociés ne peut pas renoncer en totalité à la rémunération de son apport, du moins peut-il renoncer à se voir conférer l'intégralité des droits sociaux auxquels son apport lui donnerait normalement droit. Un apporteur peut par conséquent admettre une certaine disproportion entre la valeur très importante du bien qu'il met à la disposition de la société et les droits sociaux réduits dont il se contente.

C'est dans l'étendue de cette disproportion de valeur entre l'apport et les droits sociaux qui en sont la contre-partie que réside l'importance plus ou moins grande de l'immixtion du titre gratuit dans le titre onéreux en matière d'apport, du moins lorsque la disproportion des deux éléments est due à *l'animus donandi* de l'apporteur et non à une autre cause, à une erreur d'évaluation par exemple. Ainsi l'apport, acte à titre onéreux par nature, permet dans une certaine mesure, comme la plupart des autres actes à titre onéreux, la réalisation de libéralités. S'il a été effectué sans fraude, il sera valable, comme le sont d'une manière générale les donations indirectes ou déguisées.

Mais un problème particulier se pose lorsque l'apporteur qui a agi dans une intention de libéralité a conclu le contrat de société avec un de ses héritiers. Cet héritier aura ainsi bénéficié d'avantages attachés à des droits sociaux qui auraient dû en réalité être la contre-partie de l'apport de son auteur et venir grossir le patrimoine de celui-ci.

La disproportion entre l'apport et les droits sociaux attribués en contre-partie cause dans cette hypothèse un préjudice aux cohéritiers du bénéficiaire de la libéralité. Aussi l'héritier qui faisait partie de la société est-il tenu de rapporter à la succession les avantages indirects dont il a bénéficié à moins qu'il n'ait été dispensé de ce rapport par le défunt.

On pourrait de prime d'abord penser qu'il y a un intérêt considérable à distinguer, à ce point de vue, suivant que la société a été conclue par acte authentique ou par acte sous-seing privé, puisque l'article 854 du Code civil dispose « qu'il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». En réalité la portée de cette disposition ne doit pas être exagérée. Si en effet le contrat de société intervenu a permis de réaliser une libéralité, le rapport sera nécessaire même si l'acte est authentique, car, du fait de l'existence de cette libéralité, il n'y a plus « association faite sans fraude » (3). Doit-on alors considérer qu'au

53. — (3) On doit, en effet, considérer qu'une société est faite sans fraude (selon le sens donné à cette expression par l'article 854) seulement lorsque ladite société ne présente aucun avantage indirect pour l'héritier associé (Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 71).

cas où la société est constatée par acte authentique l'héritier devra rapporter seulement les *avantages indirects* dont il a bénéficié, tandis que dans l'hypothèse d'un simple acte sous seing privé il devrait rapporter *tous les bénéfices* qu'il a pu réaliser du fait de son entrée en société ? La jurisprudence refuse à juste titre de consacrer cette solution : elle admet qu'en l'absence de tout acte authentique, l'héritier n'aura pas cependant à effectuer le rapport des bénéfices provenant de la société si ceux-ci ne constituent pas une libéralité, mais une juste rétribution du concours apporté par l'héritier dans la gestion des affaires sociales et des risques courus par ses capitaux (4).

De plus la jurisprudence, limitant encore sur ce point la portée de l'article 854, décide que la dispense tacite de rapport dont peut bénéficier l'héritier, associé du *de cujus*, est susceptible d'être admise quelle que soit la forme de l'acte de société (5). Il apparaît nécessaire de remarquer à cet égard que la stipulation d'une inégalité dans la rémunération des apports ne permet pas à elle seule de présumer que le *de cujus* a entendu dispenser son héritier du rapport (6). Et de toute manière si les avantages auxquels a renoncé l'apporteur au profit de son associé excèdent la quotité disponible, il y aura lieu à application des règles de la réduction.

*
* *

54. — C'est ainsi à partir de la rémunération de l'apport au moyen de droits sociaux que l'on peut déduire le caractère d'acte à titre onéreux de l'opération et que l'on peut montrer comment lorsqu'en vertu de *l'animus donandi* d'un associé cette rémunération cesse d'être proportionnée à la valeur de l'apport, le titre gratuit s'immisce avec plus ou moins de force dans l'opération. C'est de même en fonction de l'attribution de droits sociaux que doit être résolu le problème de savoir si l'apport présente un caractère commutatif ou un caractère aléatoire. En effet pour qu'une convention ait le caractère commutatif, il est nécessaire que l'étendue des prestations que se doivent les parties soit connue dès la formation du contrat (1). Il en est ainsi en matière d'apport : l'apporteur s'engage à mettre à la disposition de la société un bien qui doit être déterminé en nature et en quantité lors de la conclusion du contrat. L'étendue de l'engagement de l'apporteur est donc certaine.

53. — (4) Cass. req., 17 août 1864, D.P. 1865. I. 304; Douai, 21 juin 1906, D.P. 1908, II. 225, note M. Planiol.

(5) Cass. req., 23 juin 1919, D.P. 1920. I. 153; — cf. également note M. Planiol sous Douai, 21 juin 1906 précité.

(6) V. *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 5, n° 51; — cf. également note Wahl. S. 1907. II. 57.

54. — (1) Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, n° 75.

En est-il de même de la contre-prestation qu'il reçoit en rémunération de son apport ? Certains auteurs (2) déduisent le caractère commutatif de la société du fait que « l'apport de chaque partie est ce qu'elles se fournissent réciproquement l'une à l'autre ». Cette conception qui tend à voir la contre-prestation de l'apport d'un associé dans les apports de ses coassociés ne semble pas satisfaisante. En effet ce qui rémunère l'apport d'un associé et en constitue par conséquent la contre-partie, ce sont les droits sociaux qui lui sont reconnus sur le patrimoine de la société, c'est à dire à la fois sur son propre apport et sur les apports de ses coassociés. Il n'y pas échange de leurs apports entre les associés mais renonciation par l'apporteur à ses droits privatifs sur le bien mis en société, et cette renonciation trouve sa justification dans l'attribution de droits sociaux à l'apporteur.

C'est donc en examinant cette attribution que l'on doit trancher le caractère commutatif ou aléatoire de l'apport. Les droits sociaux conférés à l'apporteur sont déterminés dans leur montant. Ils sont dans la majorité des cas fixés de manière à ce qu'ils équivalent à l'apport. Et de ce point de vue l'opération présente un caractère commutatif. Mais il importe de remarquer que l'avantage que l'associé retirera de son apport dépend étroitement des résultats qui seront obtenus par la société.

Un élément aléatoire apparaît du fait de cette incertitude sur l'évolution future de la situation commerciale du groupement qui se crée. Mais cet élément aléatoire existe pour la plupart des contrats commutatifs : il est certain qu'examinée dix ans après sa conclusion une vente peut se présenter comme ayant été plus avantageuse pour l'une des parties que pour l'autre. Cela n'empêche pas que la vente soit un contrat commutatif, du moins si elle n'est pas assortie de modalités qui lui confèrent un caractère spécifiquement aléatoire.

Cependant l'élément aléatoire peut paraître beaucoup plus important en matière de société qu'en matière de vente et cette importance pourrait justifier l'abandon, en ce qui concerne l'apport, de la qualification d'acte commutatif si une seconde raison n'intervenait en faveur du maintien de cette qualification.

En effet pour qu'une convention soit aléatoire, dans l'acception traditonnelle que la doctrine donne à ce mot (3), il faut que les conditions en soient telles que ce qui sera perdu par un contractant soit gagné par l'autre. Or dans le cadre de la société, la réalisation de bénéfices ou de pertes n'aura pas pour résultat qu'un associé s'enrichisse aux dépens de ses coasso-

54. — (2) Lyon-Caen et Renault, *D. com.*, t. II-1, n° 82.

(3) Cf. *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 5, n° 76; Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, t. II, n° 35 *bis*.

ciés ou s'appauvrisse à leur profit. Au contraire il y aura entre tous les associés une certaine égalité de traitement, puisque chacun doit participer aux bénéfices et aux pertes.

Lorsque les résultats de l'entreprise seront favorables, tous les apporteurs en profiteront et lorsqu'ils seront défavorables, ils en subiront tous les conséquences. Il y a donc une différence fondamentale entre l'hypothèse de l'apport et l'hypothèse ordinaire de la convention aléatoire dans laquelle le gain de l'une des parties prend sa source dans un appauvrissement de l'autre.

Il est ainsi permis de conclure que l'apport se présente comme un acte juridique de caractère commutatif, tempéré par l'existence d'un élément aléatoire en raison du caractère incertain des résultats de l'entreprise. Et cet élément aléatoire, s'il n'est pas suffisant pour imposer une modification de la qualification d'acte commutatif reconnue à l'apport, peut cependant entrer en ligne de compte comme argument pour écarter l'application, en matière d'apport d'immeubles, des règles de la lésion de plus des sept douzièmes (4).

55. — Les solutions qui peuvent ainsi être dégagées au sujet du caractère onéreux et du caractère commutatif de l'apport sont valables pour toutes les variétés de sociétés, la situation se présentant à ce point de vue de manière analogue quelque soit le type de société envisagé. Mais si poursuivant l'examen des caractères fondamentaux de l'apport on désire préciser s'il s'agit d'un acte de nature civile ou de nature commerciale la question présente beaucoup plus de complexité, il faut tenir compte des différents types de sociétés et analyser chaque hypothèse, mais là encore c'est en faisant appel à l'idée que la contre-prestation de l'apport est constituée par une attribution de droits sociaux que seront résolues beaucoup de difficultés.

SECTION II

LE CARACTÈRE CIVIL OU COMMERCIAL DE L'APPORT

56. — Du point de vue de la détermination du caractère civil ou commercial de l'apport, trois hypothèses doivent être distinguées. Il y a d'abord deux hypothèses extrêmes : la première est constituée par le cas où l'apport est effectué au profit d'une société civile, la seconde concerne l'apport fait à une société commerciale par un associé qui va acquérir à la suite de cet apport la qualité de commerçant. Entre ces deux hypothèses,

54. — (4) V. *infra* n° 169.

se situe le cas plus complexe de l'apport effectué au profit d'une société commerciale par une personne qui ne devient pas commerçante à la suite de son entrée en société.

Lorsque l'apport est réalisé au profit d'une société civile, il revêt par là même le caractère d'un acte juridique de droit civil (1). Et à l'opposé lorsque l'apport est fait à une société en nom collectif ou par un commandité au profit d'une société en commandite, le caractère commercial de l'opération ne saurait faire de doute au moins lorsque l'objet de l'apport n'est pas un immeuble.

En effet quand l'apport à une société en nom collectif concerne un bien autre qu'un immeuble, il présente le caractère commercial, ne serait-ce qu'en vertu de la théorie de l'accessoire qui s'applique pleinement, puisque l'apport constitue bien ici un acte fait par un commerçant à l'occasion de son commerce. Lorsque l'apport concerne un immeuble la question est plus délicate en raison de l'exclusion traditionnelle des immeubles du domaine du droit commercial (2). Cette solution classique est aujourd'hui battue en brèche, et certaines décisions de jurisprudence ont attribué le caractère d'acte de commerce à des contrats concernant des immeubles (3).

Mais il semble qu'il faille limiter ces exceptions : selon la doctrine dominante (4) l'exclusion des règles commerciales en matière d'immeubles ne se justifie qu'en ce qui concerne les actes mettant en jeu une question de transfert de propriété

56. — (1) Il apparaît toutefois qu'il faut réserver le cas où l'apport à une société civile est effectué par une société qui est commerciale par la forme. Si, par exemple, une société à responsabilité limitée fait apport d'un bien à une société civile, on doit, semble-t-il, reconnaître le caractère commercial à cet apport au regard de la société qui l'effectue, en vertu de la conception aujourd'hui dominante (v. *infra* n° 61) qui étend le caractère commercial à toutes les opérations réalisées par les sociétés qui sont commerciales par leur forme.

(2) V. Labbé, note S. 1879. I. 291, col. I : « Il est, suivant nous, dans l'esprit de notre loi de placer dans le domaine du droit civil, en dehors du droit commercial, les mutations de propriété foncière. Cette propriété a une telle importance en soi qu'elle ne saurait devenir l'accessoire d'une propriété commerciale ». — Cf. en jurisprudence : Cass. civ., 18 avril 1882, D.P. 1883. I. 64; Cass. civ., 29 juillet 1926, S. 1926. I. 372.

(3) Cf. par ex. Paris, 28 mai 1945, D. 1945. J. 341 (arrêt rendu en matière de bail d'immeuble conclu à l'occasion d'un commerce). — En ce qui concerne les opérations immobilières accomplies par des sociétés présentant le caractère commercial en raison de leur forme, v. *infra* n° 61.

(4) Ripert, *Dr. com.*, n° 293; Ch. Cézar-Bru, note D.P. 1928. II. 75, col. 2 : « ...Si des tractations relatives à des immeubles peuvent avoir le caractère d'actes de commerce, c'est dans l'hypothèse où ces tractations sont faites à l'occasion d'un immeuble (location, réparations) beaucoup plus que sur l'immeuble lui-même, qui n'apparaît que comme le moyen de faire ou de continuer le commerce... ».

immobilière. Dès lors en se référant à cette solution, il est possible de considérer que dans le cadre de la société en nom collectif, seuls les apports translatifs de la propriété d'immeubles (5) conserveront le caractère d'actes civils (6). Au contraire les apports concernant simplement la jouissance d'immeubles prendront le caractère d'actes de commerce puisqu'ils n'opèrent pas mutation de propriété.

57. — De cette hypothèse où l'apport se présente comme un acte réalisé par un commerçant pour les besoins de son commerce, il importe de distinguer au point de vue du caractère civil ou commercial de l'apport, le cas où cet acte juridique tout en étant accompli au profit d'une société commerciale est effectué par un non-commerçant. Dans un certain nombre d'hypothèses en effet les membres d'une société commerciale n'ont pas en tant que tels la qualité de commerçants. C'est le cas notamment des commanditaires et des actionnaires.

Ainsi puisque d'une part ces personnes entrent dans une société commerciale et que d'autre part leur entrée dans cette société ne leur confère pas la qualité de commerçant, la question s'est posée de savoir si l'apport qu'elles réalisent, ou l'engagement qu'elles prennent d'effectuer un apport, possède le caractère d'un acte de commerce ou d'un acte civil. Ce problème présente un certain nombre d'intérêts dans des domaines variés: la solution qu'on lui donne commande la désignation du tribunal compétent *rationæ materiæ* lorsque les créanciers sociaux réclament aux commanditaires, par exemple, de verser l'apport promis ; elle détermine la base sur laquelle seront calculés les intérêts légaux dus en cas de retard dans la réalisation de l'apport ; elle influe également dans une certaine mesure sur les règles de preuve applicables (1).

58. — La théorie reconnaissant le *caractère civil* à l'engagement du commanditaire ou de l'actionnaire a bénéficié au cours du XIX^e^ siècle d'une certaine audience en jurisprudence.

56. — (5) Sur le caractère translatif de l'apport, v. *infra* n° 93.

(6) Malgré le caractère d'acte civil de l'apport immobilier dans ce cas, le tribunal de commerce sera néanmoins compétent pour juger une contestation entre associés au sujet de cet apport. L'article 631-2° du Code de commerce attribue en effet à la juridiction consulaire compétence générale à l'égard des litiges pouvant survenir entre les membres d'une société commerciale et la doctrine enseigne que cette compétence s'étend même aux contestations nées en raison d'un acte de caractère civil (Escarra et Rault, *Principes de droit commercial*, t. I, n° 607). — Sur l'application de l'article 631, al. 2, v. également Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. I, n° 365; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 151; Glasson et Tissier, *Traité de procédure civile*, t. II, n° 336.

57. — (1) Cass. req., 25 oct. 1899, S. 1900. I. 65, note Lyon-Caen.

Il faut dire qu'un certain nombre de raisons aujourd'hui disparues militaient alors en sa faveur. En effet à l'époque où la contrainte par corps existait en matière de dettes commerciales, si l'on attribuait à l'engagement du commanditaire le caractère d'un acte de commerce, cet associé se trouvait exposé à une sanction particulièrement rigoureuse en cas de non-réalisation de l'apport promis, par exemple. Et certaines cours d'appel (1), refusant d'admettre cette conséquence, adoptèrent, pour justifier leur position, la conception voyant dans l'engagement du commanditaire un acte de droit civil. Par ailleurs avant la loi du 27 février 1880 sur la gestion des biens appartenant à des mineurs, il n'existait pas d'autre moyen que l'admission du caractère civil de l'engagement du commanditaire ou de l'actionnaire pour valider l'entrée dans une société commerciale d'un mineur non émancipé.

Un certain nombre d'arrêts de cours d'appel (2) de prononcèrent ainsi pendant le siècle dernier en faveur de la théorie du caractère civil de l'engagement du commanditaire et de l'actionnaire. Mais la théorie voyant dans cet engagement un *acte de commerce* a de bonne heure pris le pas en jurisprudence sur la théorie du caractère civil. La Cour de cassation affirma en effet très rapidement son attachement à la théorie du caractère commercial. Un arrêt de la Chambre civile du 28 février 1844 (3) se prononce déjà en ce sens. Il faut dire qu'il s'agissait en l'espèce du versement, à titre de commandite, de fonds dans une banque et que certaines circonstances de fait étaient susceptibles d'enlever à la solution une portée générale. Mais un arrêt de la même Chambre du 13 août 1856 (4) se prononce dans le sens du caractère commercial avec une particulière netteté. Il indique en termes exprès que, par leur engagement de verser des fonds dans une société commerciale à titre de commanditaires ou de souscripteurs d'actions, les associés concourent « à la création de la société elle-même dans l'un de ses éléments essentiels et contractent pour la réalisation de leur mise de fonds une obligation commerciale ». La Chambre civile n'hésitait pas à justifier ainsi l'application de la contrainte par corps aux associés n'exécutant pas leurs obligations.

La jurisprudence de la Cour de cassation allait se trouver définitivement fixée en faveur du caractère commercial de l'engagement du commanditaire et de l'actionnaire par deux

58. — (1) Dijon, 18 janv. 1843, D.P. 1846. II. 52; Paris, 22 déc. 1846, D.P. 1847. II. 52.

(2) Dijon, 18 janv. 1843 et Paris, 22 déc. 1846, précités; Bourges, 17 déc. 1850, D.P. 1851. II. 90; Dijon, 20 mars 1851, S. 1851. II. 764; Angers, 18 janv. 1865, S. 1865. II. 11; Angers, 12 mars 1873, S. 1874. II. 214; Paris, 26 janv. 1874, S. 1876. II. 3.

(3) Cass. civ., 28 fév. 1844, S. 1844. I. 691, 1re espèce.

(4) Cass. civ., 13 août 1856, D.P. 1856. I. 343.

arrêts de 1899, l'un du 25 octobre (5), l'autre du 7 novembre (6) qui, venant après les résistances manifestées par les cours d'appel, montraient la fermeté de la position de la Cour de cassation.

Devant cette fermeté et également devant la disparition d'un certain nombre d'intérêts s'attachant à la reconnaissance du caractère civil à l'engagement du commanditaire (puisque par exemple la contrainte par corps fut abolie en 1867), les décisions jurisprudentielles se firent de plus en plus rares, qui déclaraient que la souscription d'actions ou d'une part de commandite ne constituait pas un acte de commerce (7).

59. — La théorie reconnaissant le caractère civil à cette souscription n'est donc plus guère aujourd'hui qu'une thèse doctrinale ; encore le nombre des auteurs qui la soutiennent est-il assez restreint (1). Ils développent le plus souvent leur argumentation en insistant sur les points suivants : d'abord le commanditaire reste ignoré des tiers ; au contraire l'acte de commerce ne conserve pas un caractère secret, il est révélé au grand jour. Ensuite il n'y a pas de texte qui assimile l'adhésion à une commandite à un acte de commerce. On ne peut parvenir à l'admission du caractère commercial de l'engagement du commanditaire que par la théorie de l'accessoire ; or cette dernière théorie se contente de rendre commerciaux les actes se rattachant à l'exploitation entreprise par un commerçant, mais elle ne saurait communiquer la nature commerciale aux actes d'un non-commerçant comme l'est le commanditaire. Enfin, toujours selon cette conception, le commanditaire est seulement un bailleur de fonds. Celui qui conclut un contrat de prêt, en mettant une certaine somme à la disposition d'un commerçant, fait un acte qui est civil à l'égard du prêteur. Il n'y a pas de raison d'adopter une solution différente en ce qui concerne le commanditaire. Et par suite de l'analogie de situation entre ce dernier et l'actionnaire, les défenseurs de cette théorie étendent le caractère civil à la souscription d'actions.

Ces arguments invoqués à l'appui du caractère civil de l'engagement du commanditaire ou de l'actionnaire sont extrêmement contestables. Le fait que le commanditaire reste ignoré du public ne constitue nullement une preuve déterminante du caractère civil de son engagement. Il y a bien des actes de commerce qui ne sont pas notoires et MM. Lacour et Bouteron (2) citent par exemple le cas d'une spéculation sur valeurs,

58. — (5) Cass. req., 25 oct. 1899, S. 1900. I. 65.
(6) Cass. civ., 7 nov. 1899, S. 1901. I. 513.
(7) V. cependant Bordeaux, 22 mars 1893 (S. 1894. II. 47).

59. — (1) En faveur du caractère civil de la souscription d'une part de commandite, v. surtout Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 382.
(2) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 243.

entreprise en bourse par l'intermédiaire d'un agent de change. Cette spéculation garde un caractère secret ; elle n'en est pas moins un acte de commerce. On peut donc parfaitement admettre que le commanditaire, bien qu'il lui soit interdit de s'immiscer dans la gestion de la société, accomplit malgré cela un acte de commerce lorsqu'il effectue son apport ou prend l'engagement de l'effectuer.

Quant aux autres arguments invoqués en faveur du caractère civil de la souscription du commanditaire ou de l'actionnaire, ils procèdent d'une mauvaise analyse du contrat de société et d'une fausse conception de la situation de l'associé. Le point de départ du raisonnement en cette matière doit être recherché dans le caractère commercial qui est attribué aux sociétés en commandite simple lorsque leur objet est commercial et aux sociétés par actions en tout état de cause. Il est nécessaire de se demander quelles vont être les conséquences de ce caractère commercial, à quels actes ou à quelles personnes il va s'étendre. Il importe de distinguer à ce sujet selon le type de société considéré.

60. — Dans la *société en commandite simple,* il existe à la base un véritable contrat entre les associés (1). On pourrait à première vue soutenir que la seule conséquence du caractère commercial reconnu le cas échéant à cette société est de donner à l'être moral qui est créé par l'acte constitutif la qualité de commerçant (laquelle rejaillit sur les associés tenus indéfiniment des dettes sociales) et qu'en ce qui concerne le contrat de société lui-même, il présente le caractère commercial à l'égard des commandités, civil à l'égard des commanditaires.

Une telle analyse ne s'admettrait que si le commanditaire restait extérieur à la société comme l'est un prêteur ou le bailleur du local commercial. Dans le cas où un commerçant emprunte de l'argent à un tiers, le prêt demeure civil à l'égard de ce dernier, mais c'est parce que le prêteur n'acquiert aucune part d'intérêts dans l'exploitation commerciale. Le commanditaire à l'opposé est plus qu'un simple prêteur, plus qu'un simple bailleur de fonds, il est un associé, il fait partie de la personne morale et si celle-ci ne lui communique pas sa qualité de commerçante en raison du rôle effacé qu'il est appelé à jouer, il n'en reste pas moins qu'il entre dans les liens d'un contrat de société commerciale, puisqu'en contre-partie de son apport il reçoit une attribution de droits sociaux.

Et comme on ne saurait séparer arbitrairement l'être moral de l'acte constitutif qui le crée, on doit admettre que le contrat de société a le caractère commercial à l'égard de toutes les

60. — (1) V. *supra* n° 36.

parties. Les différentes obligations que fixe ce contrat prennent le caractère commercial et pour cela il n'est pas nécessaire de faire appel à la théorie de l'accessoire : le contrat de société ayant le caractère commercial, les engagements qui y sont inclus possèdent ce caractère car il ne sont qu'une partie d'un tout. Par conséquent les obligations assumées par le commanditaire acquièrent le caractère commercial et en premier lieu son obligation principale : celle de faire un apport (2). Et même si l'associé réalise immédiatement sa mise, l'obligation est éteinte aussitôt qu'elle est créée, mais l'opération d'apport, partie intégrante d'un contrat de société commerciale, n'en a pas moins le caractère d'un acte de commerce.

Il n'en est autrement que dans l'hypothèse où le commanditaire fait l'apport d'un immeuble en propriété ou en jouissance, en vertu de la règle précédemment rappelée (3) et selon laquelle les opérations portant sur des immeubles ne peuvent constituer des actes de commerce. Si l'on a pu songer à apporter des tempéraments à cette règle, par exemple lorsque des opérations immobilières sont accomplies par des sociétés commerciales par la forme (4), on ne saurait l'écarter ici puisqu'il s'agit d'un apport immobilier effectué par un non-commerçant. A l'égard du commanditaire qui le réalise, l'apport immobilier présente le caractère civil. Et puisque l'apport constitue dans ce cas l'essentiel des obligations de l'associé on doit appliquer en cette matière le principe « *Accessorium sequitur principale* » et par conséquent l'entrée en société du commanditaire réalisée au moyen d'un apport d'immeubles possède le caractère civil ainsi que toutes les obligations qui en découlent. Par contre malgré l'existence d'un apport immobilier, le contrat de société tout entier ne prendra pas le caractère civil ; ce caractère ne sera attribué qu'à l'engagement de l'apporteur de l'immeuble, les engagements des autres associés, à supposer qu'ils portent sur des biens mobiliers, possèderont le caractère commercial, si la société a elle-même ce caractère.

L'on peut donc conclure que dans le cas d'une société en commandite simple possédant une activité commerciale, l'engagement et par conséquent l'apport du commanditaire constitue un acte de commerce sauf s'il porte sur un immeuble.

61. — Dans une *société par actions* le problème se pose en des termes différents. Il existe en effet, au moins lorsque la

60. — (2) En faveur du caractère commercial de l'engagement du commanditaire, v. LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, n° 470; HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 314; HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, t. I, n° 503.

(3) V. *supra* n° 56.

(4) V. *infra* n° 61.

société fait appel à l'épargne publique des contrats d'apport conclus entre chaque associé et la société préexistante (1). On pourrait donc soutenir qu'en raison de la relative autonomie du contrat d'apport, celui-ci serait susceptible d'avoir le caractère civil, alors même que la société possède en raison de sa forme le caractère commercial. Il importe de distinguer ici comme précédemment selon que l'objet de l'apport est un meuble ou un immeuble.

Si cet objet est un meuble, le contrat est certainement commercial à l'égard de la société en raison de la nature de celle-ci. Mais est-il également commercial à l'égard de l'associé apporteur ? Les auteurs qui reconnaissent à l'engagement du commanditaire le caractère civil étendent ce caractère à la souscription d'actions. Un développement précédent (2) a montré qu'il fallait écarter leur conception en ce qui concerne le commanditaire et elle ne saurait davantage être retenue en ce qui concerne l'actionnaire. Sans doute les raisons que l'on peut faire valoir contre elle dans la première hypothèse ne sont pas susceptibles d'être étendues en totalité à la seconde, puisque précisément on peut accorder à la souscription de l'actionnaire une autonomie que n'a pas l'engagement du commanditaire qui est inclus dans un contrat de société. Mais cette autonomie ne doit pas être poussée trop loin : la souscription d'actions constitue une adhésion à la société anonyme qui émet ces titres ; l'apporteur devient un associé et on peut même dire qu'à cet égard la loi permet à l'actionnaire d'exercer en ce qui concerne la gestion de la société un rôle plus actif que celui dévolu au commanditaire. On doit donc en induire que la souscription d'actions ou d'une manière plus générale le contrat d'apport dont l'objet est un bien mobilier et qui est conclu entre un actionnaire apporteur et une société anonyme (ou en commandite par actions) présente le caractère d'un acte de commerce à l'égard des deux parties.

61 bis. — Lorsque l'objet du contrat d'apport est un immeuble, la situation est différente, en raison de l'exclusion traditionnelle des biens immobiliers du domaine du droit commercial. Pourtant lorsque les opérations immobilières sont effectuées par des sociétés anonymes, sociétés commerciales par leur forme, on a songé à établir une exception à la règle classique. Et cette solution semble prévaloir actuellement tant en doctrine qu'en jurisprudence (1). Elle se justifie pleinement car la solution

61. — (1) V. *supra* nos 44 et s.

(2) V. *supra* nos 51 et 60.

61 *bis*. — (1) V. en jurisprudence : Cass. soc., 21 mai 1949, D. 1949, J. 460 (à propos d'un contrat de location d'immeubles passé par une société anonyme) ; Paris, 1er fév. 1936, D.P. 1936. II. 73, note Picard (cet

inverse aboutirait à considérer qu'une société anonyme dont l'objet est par exemple l'achat et la vente d'immeubles n'accomplit jamais d'actes de commerce bien qu'étant société commerciale par la forme, et ce serait là enlever toute portée à la loi du 1er août 1893.

Il semble donc que l'on doive considérer le contrat d'apport immobilier (qu'il s'agisse d'un apport en jouissance ou en propriété) comme constituant un acte de commerce à l'égard de la société et cela sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon que l'immeuble est destiné à être revendu spéculativement ou à servir de base à l'exploitation sociale. Mais à l'égard de l'apporteur quand celui-ci n'est pas un commerçant, l'apport d'un immeuble présente certainement le caractère d'un acte civil et l'on peut légitimement penser que, même si l'apporteur est un commerçant, l'opération conserve ce caractère civil à moins que l'apport immobilier ne soit effectué par une société commerciale à raison de sa forme car dans ce cas il serait illogique d'adopter pour la société apporteuse une solution différente de celle qui paraît devoir être admise pour la société bénéficiaire de l'apport.

Ainsi dans une société par actions le contrat d'apport conclu entre l'associé et la personne morale présente le caractère d'un acte de commerce excepté dans le cas où il a pour objet un immeuble apporté par une personne physique ou morale autre qu'une société commerciale par la forme. Et dans cette hypothèse d'un apport d'immeubles l'opération n'est civile qu'à l'égard de l'apporteur.

62. — La reconnaissance du caractère commercial à l'engagement du commanditaire et de l'actionnaire trouve ainsi sa meilleure justification dans l'attribution des droits sociaux faite à l'apporteur. C'est cette attribution de droits dans une société commerciale qui confère le caractère d'acte de commerce à l'engagement de l'apporteur. Aussi, bien que la question se soit posée et ait été résolue, en jurisprudence comme en doctrine, surtout à propos du commanditaire et de l'actionnaire, la même solution doit être donnée pour les engagements et les apports des autres personnes entrant dans les liens d'un contrat de société commerciale sans prendre la qualité de commerçant : c'est le cas des membres des sociétés à responsabilité limitée et des associés en participation. Ici également l'opération d'apport

arrêt considère que les actes accomplis par des sociétés anonymes dans le cadre de leur objet social sont commerciaux « alors même que, en raison de leur objet propre et considérés en eux-mêmes, ils auraient un caractère civil, *sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les opérations immobilières et les autres* »); en doctrine : G. Ripert, *Dr. com.*, n° 288; v. également Escarra, *Cours*, n° 485; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 434.

est incluse dans un contrat de caractère commercial et prend nécessairement ce caractère, sauf lorsqu'elle porte sur un immeuble.

*
* *

En considérant que l'apport à une société commerciale constitue en règle générale un acte de commerce, on fait mieux ressortir les liens étroits qui unissent la notion d'apport et celle de société. Bien loin d'être comme le prêt un acte extérieur à la société, l'apport fait partie intégrante du contrat qui donne naissance à la personne morale, et même lorsque celle-ci ne naît pas d'un contrat, comme c'est le cas des grandes sociétés anonymes, l'apport n'en est pas moins un élément constitutif indispensable. C'est en effet par voie d'apport que, au moins à l'origine de la société, est réalisé le capital social, notion fondamentale dont il aparait nécessaire de préciser maintenant les relations étroites avec l'apport.

SECTION III

L'APPORT ENVISAGÉ COMME ÉLÉMENT DU CAPITAL SOCIAL

63. — L'article 7 du décret du 29 juin 1948, concernant la révison des bilans, donne du capital social la définition suivante : « Le capital est la valeur d'origine des éléments mis à la disposition de l'entreprise... par les associés sous la forme d'apports en espèces ou en nature ». Cette définition d'ordre comptable se rattache à celle que donne traditionnellement la doctrine et selon laquelle le capital est constitué par la somme des apports (1).

Mais il importe de remarquer que la situation se présente différemment dans les sociétés par intérêts et dans les autres sociétés. Dans les sociétés par intérêts, en effet, tous les associés ou certains d'entre eux sont indéfiniment responsables sur leurs biens personnels des dettes de la société, Le capital social n'est donc pas le gage unique des créanciers de la société ; ce n'est qu'une garantie supplémentaire à leur profit : l'assurance que, sur le patrimoine social, ils ne seront pas en concours avec les créanciers personnels des associés.

On conçoit donc qu'à l'égard des sociétés par intérêts les exigences légales concernant le capital soient moindres qu'à

63. — (1) Ripert, *Dr. com.*, n° 641. — Cf. également Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 89; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 33; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 16; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 396.

l'égard des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes, personnes morales dans lesquelles les associés ne sont pas tenus au-delà de leur apport. Et du fait que la notion de capital présente une utilité plus restreinte dans les sociétés par intérêts, la doctrine (2) enseigne que dans ce type de sociétés certains apports peuvent très bien, tout en ne figurant pas dans le capital social, être rémunérés par des droits d'associés : c'est le cas des apports en industrie, c'est également celui des apports en garantie. L'on se heurte en effet en ce qui concerne ces apports à de grandes difficultés d'évaluation et comme précisément le capital suppose l'estimation des apports, les apports en industrie ou en garantie ne peuvent y figurer (3). Cela n'empêche pas que, au moins dans les sociétés par intérêts, un associé peut faire apport de son industrie ou de son crédit commercial en échange de droits sociaux. L'apport en industrie notamment est parfaitement possible dans ces sociétés ; la validité d'un tel apport est en effet admise par le Code civil (4) et on ne saurait l'écarter que dans les sociétés où s'impose une libération immédiate des apports.

Il est donc permis de faire cette première constatation que dans les sociétés par intérêts le capital n'est pas la somme de tous les apports mais seulement la somme de certains d'entre eux : les apports en nature et en numéraire. Il n'y a pas dans cette hypothèse équivalence intangible entre les apports et le capital.

64. — C'est sous un angle différent que se présentent les relations de l'apport et du capital dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes (1). Puisque dans ce cas les associés ne sont tenus des pertes sociales que dans la limite de leur apport, le capital social prend toute son importance et son rôle apparaît comme essentiel dans la défense des intérêts des créanciers de la société.

63. — (2) Escarra, *Cours*, n° 513.

(3) Pour permettre la rémunération d'apports en industrie par l'attribution de droits sociaux, même dans les sociétés anonymes, certains auteurs (notamment Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 801) ont considéré que ces apports étaient susceptibles d'évaluation pécuniaire au même titre que les apports en nature de biens corporels ou incorporels. La critique de cette conception sera faite *infra* n° 128.

(4) Art. 1833.

64. — (1) Dans les *sociétés en commandite par actions*, seuls les apports des commanditaires constituent le capital social. En effet, celui-ci se divise en actions comme dans les sociétés anonymes (L. 24 juill. 1867, art. 1er; — Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 701). Or les apports des commandités ne donnent pas lieu à l'attribution d'actions, mais à la reconnaissance d'une part d'intérêt. Ces apports restent ainsi extérieurs au capital social, ce qui permet aux commandités d'effectuer des apports en industrie.

Sans doute doit-on remarquer que le gage des créanciers n'est pas constitué à proprement parler par le capital social mais par l'actif social lequel se modifie au fur et à mesure que la société utilise les apports qui lui ont été faits. Mais la loi exige pour qu'une distribution de bénéfices puisse être valablement effectuée au profit des associés que l'actif social soit supérieur à la somme du capital, de la réserve légale et des dettes. Ainsi apparaît l'utilité du principe de l'intangibilité du capital social. Ce principe évite que l'actif social n'échappe aux créanciers par une répartition abusive au profit des associés (2).

Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes, le capital joue donc un rôle prépondérant et cela d'autant plus qu'il constitue à la fois la somme des apports et la somme des droits sociaux attribués aux apporteurs. En effet on dit que le capital des sociétés à responsabilité limitée *se divise* en parts sociales et celui des sociétés anonymes en actions. Parts sociales et actions doivent obligatoirement en droit français avoir une valeur nominale et il résulte des dispositions légales que la somme des évaluations des apports et la somme des valeurs nominales des actions ou parts sociales doivent être identiques puisque ces deux sommes constituent l'une comme l'autre le montant du capital social.

En réalité ce principe qui semble s'imposer comme une vérité d'évidence n'est vrai que lors de la constitution de la société. La continuation logique du raisonnement amène en effet à déduire d'un tel principe deux propositions corollaires, valables pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée : d'abord toute prestation qui n'est pas rémunérée par une partie du capital n'est pas un apport ; en second lieu tout élément contribuant à la formation du capital constitue nécessairement un apport. La première proposition semble tout à fait justifiée, bien que des tempéraments doivent lui être apportés dans certaines hypothèses, notamment en matière de sociétés anonymes à participation ouvrière. Quant à la seconde proposition, elle n'apparaît valable que lorsque l'on envisage la constitution de la société : au cours de la vie sociale, le capital peut être augmenté par voie d'incorporation de réserves et un examen approfondi permettra d'établir qu'il n'y a pas apport dans cette hypothèse. L'étude de la portée exacte de chacune des deux propositions qui viennent d'être dégagées se révèle ainsi nécessaire pour préciser davantage certains aspects de la nature juridique de l'apport.

64 — (2) Cf. R. Plaisant, *Le principe de la fixité du capital social et la notion de bénéfice*, J. Soc. 1946, p. 333.

§ 1. — LA RÉMUNÉRATION DE L'APPORT DOIT-ELLE TOUJOURS S'EFFECTUER AU MOYEN DE DROITS SOCIAUX FAISANT PARTIE DU CAPITAL ?

65. — Si l'on excepte le cas précédemment étudié des sociétés par intérêts (1) pour n'envisager que le cas des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée, le problème de savoir si l'apport, pour être qualifié tel, doit être rémunéré par des droits sociaux constituant une fraction du capital de la personne morale, se présente sous deux aspects principaux.

En premier lieu, il est nécessaire d'étudier s'il y a véritablement apport lorsque la contre-partie d'un bien ou d'un service consiste en parts de fondateur ou bénéficiaires.

En second lieu il faut préciser si certaines sommes remises par les associés mais qui ne sont pas comptabilisées au bilan sous la rubrique capital et que la pratique appelle « primes d'émission » constituent ou non des apports.

A. — L'attribution, en contre-partie de biens ou de services, de parts de fondateur ou titres assimilés.

66. — La loi du 1er janvier 1929, réglementant une pratique antérieure, autorise selon certaines modalités les sociétés par actions à émettre des titres négociables connus en droit commercial sous le nom de « parts de fondateur » ou de « parts bénéficiaires », titres qui donnent à leur porteur droit à une fraction des bénéfices de la société, mais qui ne font pas partie du capital social.

De même dans les sociétés à responsabilité limitée, si la création de parts de fondateur négociables est interdite par la loi, du moins peut-on reconnaître la validité de la création de titres à personnes dénommées (1), cessibles dans les conditions de l'article 1690 du Code civil et donnant simplement droit à un pourcentage des bénéfices sans faire partie du capital social. Ces titres permettent de rémunérer des services ou des biens en échange desquels l'attribution de parts sociales est impossible du fait de l'exigence légale de la libération immédiate du capital.

Que ce soit dans l'hypothèse d'une société anonyme ou dans celle d'une société à responsabilité limitée, la situation se présente de manière analogue au regard de la question étudiée : il s'agit de déterminer s'il peut y avoir véritablement apport lorsque la rémunération de « l'apporteur » est constituée par l'attribution de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires.

65. — (1) V *supra* n° 63

66. — (1) Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 273; rappr. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. II, n° 1507.

La solution à donner à cette question dépend de la nature juridique que l'on doit reconnaître à la part de fondateur. C'est en effet seulement si l'on admet que celle-ci confère à son porteur des droits d'associé que l'on peut en déduire qu'elle est susceptible de constituer la contre-partie d'un apport.

Il a été autrefois soutenu que les parts de fondateur constituaient une variété d'actions (2) et cette solution a été à un certain moment admise par la Cour de cassation (3). Mais très rapidement la jurisprudence abandonna cette conception de la part de fondateur. Dans un arrêt du 14 juin 1911, la Cour de Lyon (4) se prononçait en faveur de l'opinion qui voyait dans ces titres une créance de nature particulière. En rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon, la Cour de cassation admit implicitement le bien fondé de cette nouvelle conception, à laquelle se rallia une importante fraction de la doctrine et même certains auteurs (5) qui avaient précédemment défendu l'assimilation de la part de fondateur et de l'action.

Le législateur devait venir confirmer cette évolution doctrinale et jurisprudentielle. Dans la loi du 23 janvier 1929, il déclare en effet en parlant des parts de fondateur : « Ces titres, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Mais il peut leur être attribué à titre de créance éventuelle contre la société un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ». Malgré les critiques que l'on peut adresser à cette définition (6), il est nécessaire d'admettre qu'elle constitue le droit positif (7) et par conséquent en l'état actuel de la législation, il n'est possible de considérer le porteur de parts ni comme un actionnaire, ni

66. — (2) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, 4e *édition*, n° 560 bis : « Selon nous les parts de fondateur sont des actions... Sans doute les parts de fondateur ne correspondent pas à un apport contribuant à former le capital social, mais ceux auxquels elles sont attribuées *n'en font pas moins un apport* en ce sens que par leurs services ils procurent à la société un avantage pécuniaire. » (Cette opinion a été abandonnée dans l'édition suivante du même ouvrage.) — Rappr. Thaller, *Rev. critique*, 1881, p. 534.

(3) V. Cass. req., 16 nov. 1904, S. 1906. I. 49 (note Wahl) : « Attendu... qu'en effet les seuls caractères essentiels de l'action sont la participation aux bénéfices et la libre cessibilité à des tiers; que les parts de fondateur susdites remplissent ces deux conditions... » (Il faut cependant remarquer que cet arrêt a été rendu en matière fiscale.)

(4) Lyon, 14 juin 1911, confirmé par Cass. civ., 20 juin 1917, ces deux arrêts rapportés au S. 1917. I. 33, note Lyon-Caen.

(5) En particulier Ch. Lyon-Caen, note sous Cass. civ., 20 juin 1917, précité.

(6) Ripert, *Dr. com.*, n° 1229.

(7) Du moins le droit positif *commercial*. En ce qui concerne le droit *fiscal*, v. *infra* n° 67, note 6.

même comme un associé d'un rang inférieur à l'actionnaire, solution qui avait été proposée par quelques auteurs (8).

Dès lors si les parts de fondateur ne confèrent pas à leur porteur des droits d'associé, il faut décider que lorsqu'un bien est mis à la disposition d'une société en échange de tels titres, il n'y a pas apport au sens exact du terme puisque l'apport implique attribution de droits sociaux. Il ne faut pas en effet assimiler la simple participation aux bénéfices et les droits sociaux. Un pourcentage dans les bénéfices réalisés peut très bien être attribué par une société à certaines personnes, ouvriers ou créanciers par exemple, sans que ces personnes deviennent pour autant des associés. Une obligation assortie d'une clause d'intérêt variable ne devient pas par là même une action.

En effet à côté de la participation aux bénéfices, les droits sociaux comportent normalement certaines prérogatives en matière d'administration de la société, ainsi que l'obligation de participer aux pertes. Et c'est uniquement lorsqu'il y a attribution de droits sociaux, ainsi entendus, à la personne qui met un bien à la disposition de la société, qu'il y a opération d'apport, car c'est dans ce cas seulement que cette personne acquiert véritablement un droit *dans* la société et non pas simplement un droit *contre* la société.

67. — Il apparaît ainsi nettement qu'en droit positif, puisqu'en premier lieu les parts de fondateur ne représentent pas des droits d'associés et qu'en second lieu l'apport se caractérise par l'attribution à l'apporteur de la qualité d'associé, il ne saurait y avoir véritablement apport lorsqu'une personne met un bien à la disposition d'une société en stipulant en contrepartie la remise de parts de fondateur (1).

L'on voit pourtant la doctrine parler « d'apport rémunéré à l'aide de parts de fondateur » (2) et le législateur lui-même s'est engagé dans cette voie : l'exemple de l'article 1er de la loi du 23 janvier 1929 est frappant à cet égard. Dans le second alinéa de cet article le législateur refuse au porteur de part la qualité d'associé et dans l'alinéa suivant il est question de l'hypothèse où la « création... des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature ».

Faut-il voir là la condamnation de la solution admise selon laquelle l'apport suppose par sa nature même que le bien apporté sera rémunéré au moyen de droits d'associés ? Il ne le

66. — (8) Cf. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 418.

67. — (1) Toutefois, lorsque la remise de parts de fondateur ne fait que s'ajouter à une attribution d'actions pour assurer la rémunération d'un bien mis à la disposiiton d'une société, l'opération conserve au moins en partie les caractères d'un véritable apport.

(2) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 662.

semble nullement. Si, lorsqu'il y a attribution de parts bénéficiaires, législateur, jurisprudence et doctrine parlent d'apport, c'est seulement par suite d'une extension trop grande donnée à ce terme.

Le mot « apport » tend en effet à être employé dans un sens extrêmement large pour désigner toute opération ayant pour but de mettre un bien à la disposition d'une société, quelle que soit la contre-partie de ce bien : cette extension du sens du mot « apport » semble tout à fait abusive, puisqu'elle conduit par exemple à qualifier d'apport à titre onéreux ou d'apport-vente des opérations qui sont en réalité de véritables ventes (3). Puisque c'est la nature de la contre-partie reçue par l'apporteur, c'est-à-dire l'attribution de droits sociaux, qui caractérise l'apport (4), il est tout à fait regrettable que l'on fasse ainsi abstraction de cette contre-partie, dans l'utilisation extensive du terme « apport ».

Mais il faut bien admettre que pour éviter d'avoir recours à de lourdes périphrases, le législateur, la jurisprudence et la doctrine ont dû employer le terme « apport » en dehors de son sens technique précis, pour désigner des opérations voisines de l'apport *stricto sensu,* mais qui en diffèrent par le fait que la contre-partie n'est pas constituée par l'attribution de droits sociaux. Il ne s'agit là que de l'utilisation d'une terminologie commode et l'emploi de cette terminologie n'implique pas que ceux qui l'utilisent renoncent à voir le caractère essentiel de l'apport proprement dit dans l'attribution de droits d'associé à l'apporteur.

Il est certain aussi que parmi les opérations voisines de l'apport *stricto sensu,* celle qui s'en rapproche le plus est la rémunération de biens ou de services au moyen de parts de fondateur ou bénéficiaires. En effet si ces titres ne confèrent pas à proprement parler à leur porteur la condition juridique d'un associé, il s'agit cependant de titres « soumis aux risques sociaux » (5).

Des capitalistes accepteront aussi facilement des parts que des actions, car la différence de nature juridique entre ces titres ne rejaillit pas sur leur valeur économique. Il est en effet possible d'établir au moyen de calculs complexes la parité des actions et des parts d'une même société, de dire par exemple que pour telle société la part de fondateur devrait valoir en bourse deux fois le prix de l'action. Et ces calculs prennent toute leur importance en cas de conversion des parts en actions, opération accomplie ces dernières années par de nombreuses

67. — (3) V. *supra* n° 52.

(4) Beudant, *Cours de droit civil,* t. XII, n° 441; v. *supra* n° 51, note 1.

(5) Escarra et Rault, *Soc. com.,* t. II, n° 662.

sociétés. On peut aussi dire, du fait de la fréquence de ces conversions, que le porteur de parts, s'il n'est pas un associé véritable, est, du moins, le plus souvent déjà un « associé en puissance ».

On remarque dès lors que s'il y a entre l'apport proprement dit et la rémunération de biens ou de services par l'attribution de parts de fondateur, une différence de nature juridique (analogue à celle qui existe entre la part et l'action), du moins ces deux opérations présentent entre elles une grande ressemblance. Et puisqu'au point de vue économique il peut être indifférent à un capitaliste de recevoir des parts ou des actions en échange du bien qu'il met à la disposition de la société, il apparaît immédiatement que si la remise de parts en contre-partie d'un bien en nature échappait aux formalités qui sont édictées en matière d'attribution d'actions représentatives d'apports en nature, ces formalités destinées à protéger apporteurs de numéraire et créanciers seraient aisément tournées par la remise de parts à la place d'actions.

Ainsi peut-on expliquer la disposition de la loi du 23 janvier 1929, article 1[er], aux termes de laquelle « si la création, l'attribution ou l'émission de parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature, cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867 ». Le but du législateur a été de compléter par ce texte les dispositions de la loi de 1867 concernant la procédure de vérification des apports en nature, afin d'éviter que l'on élude l'application des formalités prévues par l'article 4 de cette loi, en attribuant des parts à la place d'actions.

C'est dans le même esprit que précédemment la loi du 31 mars 1927 était venue édicter l'application aux parts bénéficiaires, lorsqu'elles sont remises en contre-partie d'un bien en nature, de l'interdiction biennale de négociation qui frappe les actions d'apport. Dans toutes ces hypothèses, c'est simplement le désir d'éviter des fraudes qui a incité le législateur à étendre à l'attribution de parts bénéficiaires certaines règles concernant la remise d'actions comme contre-prestation d'un apport en nature.

Mais il ne s'agit là que d'une extension à une opération voisine de règles établies pour l'apport proprement dit. Et l'on ne peut pas déduire de cette extension une quelconque assimilation de nature juridique entre l'apport *stricto sensu* et la remise de parts bénéficiaires en rémunération de biens ou de services (6). Il faut au contraire considérer que c'est le législa-

67. — (6) L'attribution de parts bénéficiaires en rémunération de biens ou de services ne saurait pas non plus être juridiquement assimilée à l'attribution d'actions en contre-partie d'un apport, en se fondant sur le fait que le droit fiscal assimile les deux opérations (Cass.

teur lui-même qui en refusant aux porteurs de parts la qualité d'associé a rendu cette assimilation impossible.

68. — Ainsi en l'état actuel du droit positif, il apparaît nettement que, dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, la rémunération de l'apport au sens exact du terme est nécessairement constituée par des droits d'associé faisant partie du capital social, puisque dans ces sociétés de tels droits ne sauraient exister sans être une fraction de ce capital.

Mais si l'on est obligé d'aboutir à cette solution pour rendre compte exactement du droit positif français, ce n'est pas à dire qu'elle apparaisse *de lege ferenda* comme la meilleure possible. De ce point de vue, elle semble en effet beaucoup trop stricte. Pour assurer la défense des intérêts des coassociés et des créanciers sociaux, le législateur a dû admettre en matière de société anonyme le principe de la libération intégrale et immédiate des apports en nature : cette règle empêche certains apports, comme les apports en industrie, qui de droit commun sont licites, d'être effectués au profit d'une société anonyme (1).

Pour rémunérer biens ou services en contre-partie desquels la création d'actions de capital ne saurait être envisagée parce qu'ils ne représentent pas un élément patrimonial susceptible de servir de gage aux créanciers, on doit en l'état actuel du droit positif créer des parts bénéficiaires. Cela, outre les difficultés qui à la suite de cette création apparaissent à l'intérieur de la personne morale, par exemple lors d'augmentation de capital, empêche ceux qui mettent leur industrie au service de la société de devenir des associés.

La meilleure solution serait sans doute de permettre en droit français la création d'actions ne faisant pas partie du capital social et conférant cependant des droits d'associés. Le législateur français s'est quelque peu engagé dans cette voie par

req., 7 janv. 1936, D.H. 1936, 116), par exemple en les soumettant toutes deux au droit d'apport, ce qui est la caractéristique des apports dits purs et simples. Cette assimilation fiscale n'influe pas sur la nature juridique des deux opérations; elle se justifie par le fait que ces opérations sont très voisines l'une de l'autre au point de vue économique et que, si on établissait une discrimination fiscale importante entre elles, l'opération la plus avantageuse aurait la préférence des intéressés.

L'assimilation fiscale de l'action et de la part de fondateur est du reste bien loin d'être complète comme en témoignent deux décisions de la Cour de cassation, l'une du 12 nov. 1946 (S. 1948. I. 85, note Plaisant; D. 1948, J. 345, 1re espèce, note Percerou), l'autre du 24 nov. 1947 (D. *ibidem*, 2e espèce; J.C.P. 1948. II. 4128). Ces décisions intervenues en matière d'abonnement au droit de timbre (impôt aujourd'hui supprimé) ont refusé d'assimiler à cet égard actions et parts et ont au contraire rapproché ici le statut de la part de celui de l'obligation.

68. — (1) Sur cette question, v. *infra* n° 128.

l'institution des sociétés anonymes à participation ouvrière. Dans ce type de société, en effet existent à côté des actions de capital, des actions de travail qui tout en figurant en dehors du capital social n'en constituent pas moins des droits sociaux et confèrent un droit de délibération à l'assemblée générale (2).

Le peu de succès de la société anonyme à participation ouvrière, dû à une réglementation trop complexe et mal adaptée à la psychologie des parties en présence, ne doit pas faire renoncer le législateur à toute tentative pour donner plus de souplesse au régime actuel de la société anonyme, en permettant à celle-ci de rémunérer par des droits sociaux des biens ou des services en contre-partie desquels une attribution d'actions de capital est impossible.

Ainsi serait abandonnée l'équivalence trop stricte qui existe actuellement entre le capital d'une part, les apports et les droits sociaux d'autre part. Cette équivalence en effet empêche de considérer comme de véritables apports des opérations qui en sont économiquement très proches, comme la remise de parts bénéficiaires en contre-partie de services, et elle conduit par ailleurs à admettre que les primes d'émission ne constituent pas de véritables apports.

B. — La nature juridique des primes d'émission.

69. — Parmi les principales explications qui ont été proposées au sujet de la nature juridique des primes d'émission les unes se sont efforcées de rattacher ces primes à l'idée de bénéfice, les autres à l'idée d'apport. La conception qui voyait dans la prime un bénéfice avait semblé à une certaine époque recevoir un accueil favorable en jurisprudence et notamment un arrêt de Cour de cassation du 21 janvier 1920 (1), d'ailleurs très critiqué, fut considéré par une fraction de la doctrine (2) comme attribuant à la prime le caractère de bénéfice.

Pourtant d'autres auteurs estimèrent que la Cour de cassation n'avait pas en 1920, « pris une position définitive pour considérer les primes d'émission comme des bénéfices » (3).

68. — (2) Le problème des sociétés anonymes à participation ouvrière et de la nature juridique des actions de travail sera repris lors de l'étude de l'apport en industrie, *infra* nos 129 et 130.

69. — (1) *J. Soc.*, 1920, p. 211, observations H. Bosvieux. Dans cet arrêt, la Chambre des requêtes décidait « que le rachat de parts bénéficiaires effectué au moyen de primes d'émission, constituait bien une distribution de produits ou de bénéfices réalisés par la société ».

(2) V. observations H. Bosvieux précitées; Baratin, *De la prime d'émission d'actions, Rev. Soc.*, 1920, 69.

(3) J. Hamel, note D.P. 1928. III. 5. — Rappr. P. Dasté, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, thèse, Toulouse, 1925, p. 102.

Et c'est semble-t-il cette opinion qui était la plus exacte car dans un arrêt intervenu en matière fiscale le 3 mars 1930 (4) et qui ne se présente nullement comme un revirement de jurisprudence, la Chambre des requêtes se rallia à la conception de la prime-apport en affirmant que les primes d'émission *participent de la nature des apports,* « étant des sommes d'argent mises en commun dans un intérêt social, pour avoir droit, au même titre et dans la même mesure que toutes autres apportées déjà par les associés, à la répartition de l'actif social ».

La conception de la prime-bénéfice était ainsi condamnée par cet arrêt et fut par la suite écartée de nouveau par plusieurs autres décisions de la Cour de cassation (5) qui adoptèrent une solution analogue à celle de l'arrêt du 3 mars 1930. La doctrine fut donc, à moins de se placer délibérément *de lege ferenda,* obligée d'admettre la conception de la prime-apport qui constitue ainsi l'état actuel du droit positif ; mais il apparaît nettement que la Cour de cassation avait agi avec beaucoup de prudence et que notamment elle s'était abstenue de toute généralisation. Les attendus de l'arrêt de 1930 avaient pour seul objet de faire ressortir qu'il existait suffisamment de ressemblance entre la prime d'émission et l'apport pour que le droit d'apport soit dû sur le montant des primes d'émission. Mais il faut remarquer que des opérations qui en droit commercial ne peuvent pas être considérées comme de véritables apports sont néanmoins soumises, au point de vue du régime fiscal, au droit d'apport. C'est le cas de la mise en société d'un bien en échange de parts de fondateur (6).

Le fait qu'une opération donne lieu à la perception du droit d'apport, par l' Administration de l'Enregistrement ne prouve pas que cette opération présente toutes les caractéristiques qui permettent de qualifier l'apport. Aussi est-il parfaitement légitime de considérer qu'en soumettant les primes d'émission au régime fiscal de l'apport, la Cour de cassation n'a pas pris pour autant parti sur le point de savoir si les primes d'émission constituent véritablement un apport. Et des divergences de doctrine purent apparaître entre les auteurs, les uns se prononçant pour une assimilation pure et simple de la prime et de l'apport, les autres préférant ne voir dans le versement de la prime qu'une opération voisine de l'apport.

70. — La conception selon laquelle la prime constitue véritablement un apport a été notamment soutenue par M.

69. — (4) D.P. 1930. I. 29, rapport E. Pilon.

(5) V. Cass. req., 8 janv. 1935, D.P. 1935. I. 8, rapport E. Pilon; Cass. req., 27 mars 1935 (2 arrêts), D.P. 1935. I. 43, note E. P. — Rappr. Cass. req., 3 avril 1946, Rev. Soc., 1947, 277, note Dalsace.

(6) V. *supra* n° 67.

Hamel (1) qui développe à l'appui de cette idée une argumentation détaillée fondée sur les caractères que l'on peut reconnaître à l'apport en société. Selon cet auteur, l'apport se reconnaît à trois traits essentiels qui se retrouvent dans les primes d'émission.

La première caractéristique de l'apport est qu'il est toujours effectué par un associé. La remarque est exacte mais il importe de relever, comme M. Hamel l'indique lui-même, « qu'il serait faux de dire que tout versement fait par un associé dans la caisse sociale constitue un apport ». Une donation faite par un associé à la société ne constitue pas un apport. Il semble donc bien que si les primes sont comme les apports des versements effectués par les associés, cette circonstance ne permet pas de conclure à une assimilation entre prime et apport.

La seconde caractéristique que M. Hamel reconnaît à l'apport est qu'il confère à l'associé un droit de participation aux profits et à l'actif de la société. Cette caractéristique se retrouve-t-elle dans la prime ? Lorsqu'une société émet des actions au-dessus du pair, il apparaît certain que l'attribution de droits sociaux qui est faite au souscripteur ne trouve pas sa contre-partie dans le versement de la prime à l'état isolé (2) mais il semble bien que dans cette hypothèse on ne puisse pas davantage dire que cette attribution a comme seule contre-partie le versement du nominal. L'analyse la plus satisfaisante conduit à conclure que c'est la conjonction du versement du nominal et de la prime qui confère au souscripteur la qualité d'associé qui va lui être reconnue.

En effet dans l'hypothèse la plus fréquemment réalisée en pratique, l'exigence d'une prime d'émission se justifie par le fait que les actions qui vont être remises au souscripteur ont une valeur réelle supérieure à leur valeur nominale, en raison de l'existence de réserves importantes n'ayant pas été encore incorporées au capital. L'exigence d'une prime d'émission ne fait donc que mettre en harmonie la valeur de l'apport du souscripteur et la valeur du titre qui lui est remis.

L'apport serait ainsi constitué non pas seulement par le versement du nominal, mais par la réunion des versements du nominal d'une part, de la prime d'autre part.

Cette solution ne paraît pas entièrement satisfaisante car la prime présente un caractère subsidiaire par rapport au versement du nominal. C'est ce qu'ont voulu marquer les auteurs qui ont insisté sur l'idée que la prime est un *droit d'entrée* dans

70. — (1) V. note au D.P. 1928. III. 5 et *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. critique, 1930, p. 117 et s.

(2) J. VANDAMME, *A propos de quelques récentes observations sur les primes d'émission*, Rev. critique, 1930, p. 655.

la société (3). En effet lorsque la valeur des actions d'une société dépasse le pair, si une augmentation de capital par souscription d'actions au pair était à ce moment-là ouverte librement à tous les capitalistes, les actionnaires anciens subiraient une perte sensible puisque les nouveaux associés profiteraient des bénéfices accumulés sous forme de réserves antérieurement à leur entrée dans la société.

Il est donc normal qu'au cours de la vie sociale, certaines conditions soient exigées des souscripteurs d'actions nouvelles et il apparaît nettement que les moyens de défense des intérêts des actionnaires anciens sont au nombre de deux : l'attribution d'un droit préférentiel de souscription à ces actionnaires anciens et l'exigence d'une prime d'émission lors de la souscription.

Il serait inexact de prétendre que l'attribution par le législateur lui-même d'un droit préférentiel de souscription aux anciens associés a fait perdre tout intérêt à la prime d'émission, en tant que moyen de défense des droits de ces anciens associés. En effet comme le délai imparti pour l'augmentation de capital est généralement assez bref, certains actionnaires titulaires de titres au porteur peuvent ignorer l'opération et laisser périmer leurs droits de souscription. D'autres, tout en n'ignorant pas l'émission d'actions en cours, peuvent ne pas avoir à leur disposition les capitaux nécessaires pour souscrire et doivent alors vendre leurs droits ; mais il arrive qu'ils ne trouvent pas d'acquéreurs pour ces droits ou que des ventes massives desdits droits fassent tomber la valeur boursière de ceux-ci bien au-dessous de leur valeur réelle.

L'exigence d'une prime d'émission, entraînant par le fait même une réduction de la valeur économique du droit de souscription, réduit la perte subie par les actionnaires anciens qui n'ont pu ni souscrire, ni vendre leurs droits dans de bonnes conditions (4). La prime d'émission se place ainsi sur le même plan que le droit de souscription, comme moyen de défense des intérêts des actionnaires anciens. Si l'on envisage le cas d'un capitaliste qui n'était pas encore membre de la société et qui désire le devenir en profitant de l'augmentation de capital, cette personne devra en quelque sorte payer préalablement à son apport un double droit d'entrée : d'une part elle obtiendra, moyennant le versement d'une certaine somme, que divers actionnaires anciens renoncent à son profit à leur droit préférentiel de souscription et d'autre part elle versera un second

70. — (3) Cf. notamment P. Pic, *Des assemblées générales extraordinaires*, Rev. Soc., 1923, p. 263; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 873 *quater*; J. Vandamme, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse, Paris, 1928. — Rappr. A. Pernot, *Contribution à la recherche de la nature juridique des primes d'émission d'actions...*, Rev. Soc., 1950, p. 233.

(4) Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 740.

droit d'entrée, cette fois directement à la société, sous la forme de la prime d'émission. C'est seulement après avoir accompli ces formalités (dont le caractère préalable est encore attesté par le fait que le versement de la prime d'émission doit être effectué en même temps que le versement de la première fraction du nominal) que le souscripteur pourra effectuer l'apport proprement dit : la remise à la société de la valeur nominale des actions qu'il désire se voir attribuer.

71. — A l'appui de l'assimilation de la prime et de l'apport, M. Hamel invoque enfin un dernier argument, tiré du troisième caractère qu'il reconnaît à l'apport : la précarité. Par là cet auteur entend que « l'apport est provisoire, c'est-à-dire qu'il est fait avec la pensée qu'un jour viendra où, l'actif social étant partagé, l'associé reprendra son bien » (1).

Il semble en effet qu'il y ait là un des traits fondamentaux de l'apport ; mais la question qui se pose est de savoir si cette caractéristique se retrouve dans la prime d'émission.

Pour M. Hamel la solution affirmative s'impose. Sans doute remarque-t-il à juste titre que « cette précarité prend une forme très spéciale pour les apports qui se réalisent en numéraire », la précarité se traduisant alors par le droit pour l'apporteur de reprendre, lors de la dissolution de la société, à titre de prélèvement, une certaine quotité de la masse sociale, égale au montant de son apport initial. Mais il n'y en a pas moins précarité et selon M. Hamel cette circonstance se retrouve en matière de prime d'émission. Il en découvre la preuve dans la solution implicitement admise par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 3 mars 1930, selon laquelle les souscripteurs de primes qui viendraient un jour à reprendre ces primes seraient exemptés de l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers.

En fait cette exemption n'aura guère d'utilité pratique car pour éviter des difficultés considérables, notamment en matière de cotation des titres en Bourse, les souscripteurs ayant versé une prime d'émission acceptent l'assimilation de leurs titres aux actions anciennes et M. Hamel doit admettre qu'ils se retirent par là même « le droit de réclamer éventuellement une majoration de leurs distributions en cas de partage de l'actif social » et qu'ils acceptent de supporter sur la part leur revenant la même fraction d'impôt que les actionnaires anciens, l'impôt étant payé par la société qui en répartira la charge également entre tous les actionnaires.

C'est cette constatation d'une assimilation complète des actions émises sans prime et des actions émises avec prime qui

71. — (1) *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. critique, 1930, p. 185.

semble l'objection majeure que l'on puisse adresser à la conception qui voit dans la prime un véritable apport. En effet il est admis qu'à la dissolution, après le paiement des dettes sociales, les associés reprennent leurs apports et si après la reprise de ces apports il reste encore un certain nombre de biens, ceux-ci constituent le boni de liquidation lequel sera réparti entre tous ceux qui en vertu des statuts ont droit à une fraction de cet excédent d'actif, c'est-à-dire éventuellement (outre les actionnaires) les porteurs de parts et d'autres personnes.

Or puisque leurs actions sont assimilées aux actions anciennes, les souscripteurs ayant versé une prime d'émission ne reprendront à titre d'apports que la valeur nominale de ces actions ; ils ne reprendront pas les primes d'émission en tant que telles. Alors que, comme l'a très justement fait remarquer M. Hamel, l'apport présente un caractère de précarité, en ce sens que l'apporteur entend reprendre à la dissolution le bien apporté ou une valeur équivalente (et cela immédiatement après que les créanciers aient été désintéressés et avant toute distribution du boni de liquidation), le souscripteur, qui verse une prime, renonce définitivement à tout droit sur celle-ci. Il espère seulement que sa part dans le boni de liquidation sera plus importante que la prime qu'il a versée et que par conséquent l'opération se traduira en fin de compte par un bénéfice.

Dès lors, tandis que les véritables apports sont l'objet de mesures réglementaires nombreuses destinées à assurer leur conservation, au moins en valeur, tant au profit des associés qu'au profit des créanciers sociaux, les primes d'émission peuvent être utilisées par la société pour des opérations auxquelles les apports véritables ne sauraient en aucune manière servir. Il est ainsi admis que les primes d'émission versées par les souscripteurs peuvent être immédiatement réparties entre les actionnaires anciens (ce qui prouve à quel point ceux qui ont versé les primes ont, à la différence des apporteurs ordinaires, renoncé à tout droit sur ces biens mis par eux en société). Les primes peuvent également être utilisées au rachat de parts de fondateur alors que l'apport *stricto sensu* ne peut pas être employé à cette fin (2).

72. — Ainsi comme le remarque le conseiller E. Pilon (1) il existe des différences techniques et juridiques entre la prime et l'apport. Les arrêts précités de la Cour de cassation qui, en 1930 et 1935, sont venus affirmer que les primes d'émission

71. — (2) Sur les diverses affectations que peuvent recevoir les primes d'émission, v. HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. II, n° 885.

72. — (1) E. PILON, *L'assujettissement des primes d'émission au droit proportionnel d'apport en société*, note D.P. 1935. I. 43.

participent de la nature des apports, n'ont nullement considéré que la prime a tous les caractères et produit tous les effets de l'apport du nominal de l'action (2). L'assimilation complète de la prime et de l'apport apparaît ainsi comme étant erronée. Plutôt que de voir dans la prime d'émission un apport au sens strict du mot il vaut mieux la considérer comme une notion *sui generis,* comme « une réalité juridique nouvelle à laquelle le nom d'apport est donné faute d'un autre terme pour la qualifier » (3).

Le versement d'une prime d'émission, de même que la remise d'un bien en échange de parts de fondateur, apparaît donc seulement comme une opération voisine de l'apport. Et c'est ici encore à la notion de capital qu'il faut faire appel pour distinguer la prime de l'apport. En effet s'il a été autrefois soutenu que les primes devaient « être portées au compte capital dans l'actif social » (4), cette solution n'est plus admise aujourd'hui. Les primes entrent dans l'actif social mais non dans le capital social. Elles échappent ainsi au principe de la fixité du capital et c'est pour cette raison qu'elles peuvent être utilisées à des répartitions entre actionnaires ou à des rachats de titres. Elles présentent en effet semble-t-il les mêmes facilités d'utilisation que les réserves statutaires ou extraordinaires et doivent suivre le même régime que celles-ci (5).

En considérant que les primes d'émission ne constituent pas de véritables apports, on parvient à faire coïncider dans une large mesure les notions de capital et d'apport en ce sens que les apports constituent nécessairement des éléments du

72. — (2) E. Pilon, note précitée, § XII.

(3) R. Plaisant, note S. 1947. I. 89, sous Cass. req., 3 avril 1946.

(4) Lyon-Caen, *De l'émission d'actions au-dessus du pair,* Rev. Soc., 1909, p. 185.

(5) V. cependant Paris, 30 janv. 1946, S. 1946. II. 61; J.C.P. 1947. II. 3611, note Bastian. — Cet arrêt décide que le montant des primes d'émission doit suivre le sort du capital lorsqu'aux termes d'une convention passée entre une compagnie de chemin de fer et l'Etat, cette compagnie doit abandonner à la S.N.C.F. la partie de ses biens correspondant au compte « capital », mais non celle correspondant au compte « réserves ».

Selon cet arrêt, les primes d'émission ne peuvent être incorporées à la réserve statutaire que par décision expresse de l'assemblée des actionnaires. Cela est exact, mais il semble que tant qu'une décision n'a pas été prise pour une utilisation éventuelle des primes, celles-ci doivent suivre le sort des réserves et non celui du capital. Cependant, la situation était rendue plus complexe en l'espèce parce que la compagnie de chemin de fer avait affecté ces primes à la couverture des frais de premier établissement de son réseau de voies ferrées. Cette circonstance particulière justifiait la décision de la Cour de Paris et explique que le pourvoi dirigé contre cet arrêt ait été rejeté par la Cour de cassation (Sect. com., 9 juill. 1952, S. 1953 I. 64, J.C.P. 1953. II. 7742).

capital, au moins dans les sociétés pour lesquelles les associés ne sont pas tenus au delà de leur apport, ce qui nécessite des garanties particulières entourant la réalisation du capital.

Comme l'argument selon lequel l'apport doit faire partie du capital social avait été utilisé pour écarter l'assimilation de l'apport et de la prime, les partisans de cette assimilation (6) firent valoir que les deux notions de capital et d'apport ne coïncident pas, la notion d'apport étant beaucoup plus large que celle de capital. Et ces auteurs d'indiquer que des apports en industrie rémunérés au moyen de parts bénéficiaires constituent de véritables apports, bien qu'ils soient extérieurs au capital.

Cette conception ne pouvant être admise en présence des dispositions de la loi du 13 janvier 1929 ne reconnaissant pas aux porteurs de parts la qualité d'associé, l'argumentation ainsi invoquée à l'appui de l'assimilation de la prime et de l'apport tombe d'elle-même. Sans doute certains apports peuvent figurer en dehors du capital social, tels les apports en industrie dans les sociétés par intérêts, mais cette solution ne peut exister ni en matière de société à responsabilité limitée, ni dans les sociétés anonymes, réserve faite du cas tout à fait particulier de l'apport-travail dans les sociétés anonymes à participation ouvrière.

Il est donc permis de poser comme règle générale que les apports, éléments de l'actif de l'entreprise, sont représentés du côté passif par le compte « *capital* ». Est-ce à dire que les notions de capital et d'apports coïncident toujours ? Cela ne saurait être affirmé. Outre les cas exceptionnels précités dans lesquels certains apports restent extérieurs au capital social, il importe de remarquer que le capital peut être augmenté par incorporation de réserves. En établissant que dans cette hypothèse il n'y a pas d'apport, il sera possible de montrer que s'il n'y a plus alors coïncidence entre les notions d'apport et de capital, la notion la plus large est à ce point de vue celle de capital et non celle d'apport.

§ 2. — TOUT ÉLÉMENT DU CAPITAL EST-IL NÉCESSAIREMENT CONSTITUÉ PAR UN APPORT ?

73. — Au XIX^eme^ siècle la plupart des augmentations de capital effectuées par les sociétés par actions se réalisaient au moyen d'un accroissement de l'actif social, c'est-à-dire au moyen d'apports en numéraire ou en nature de biens provenant des patrimoines individuels des associés. Mais à côté de cette forme traditionnelle de l'augmentation du capital qui a subsisté et

72. — (6) V. HAMEL, article précité, Rev. critique, 1930, p. 189. — Comp. E. PILON, rapport, D.P. 1930. I. 30, col. 2.

garde une importance certaine, s'est développée une forme nouvelle : l'augmentation de capital sans accroissement de l'actif social (1).

Du point de vue de l'apport, cette variété d'augmentation de capital présente le plus grand intérêt car elle pose le problème de savoir si l'on peut considérer qu'elle comporte l'existence d'apports. Et en cas de réponse négative à cette première question il est nécessaire de justifier le divorce que l'on fait alors apparaître entre la notion d'apport et celle de capital.

Tout d'abord il faut remarquer que l'idée d'augmentation de capital sans accroissement de l'actif recouvre des réalités juridiques différentes. On peut ramener du reste ces réalités à deux groupes : la conversion des créances en actions et l'incorporation de réserves.

A. — Lorsque l'on envisage *la conversion de créances, par exemple d'obligations, en actions,* il semble que l'on puisse parfaitement admettre qu'il y a apport. En effet bien que des nouveaux actionnaires ne versent pas d'argent et que les ressources pécuniaires de la société ne soient pas accrues, la renonciation des obligataires à leur droit de créance n'en présente pas moins un avantage réel pour la société : il y a remise de dette et cette remise de dette constitue un apport (2).

Cette analyse est exacte mais risque de présenter un inconvénient grave : si l'on considère en effet que les obligataires font apport de leur créance, il s'agit d'un apport en nature, ce qui entraîne la nécessité d'employer la procédure de vérification et de délivrer aux créanciers des actions d'apport qui ne seront pas négociables pendant deux ans.

Il est bien préférable de considérer les actions remises aux créanciers comme des actions de numéraire et la pratique a indiqué le moyen technique qui pouvait être utilisé pour parvenir à ce résultat. En effet alors que la loi du 24 juillet 1867 exige lors de la constitution de la société un versement d'espèces en matière d'actions de numéraire, le procédé de la compensation peut au contraire être utilisé pour la libération d'actions souscrites lors d'augmentations de capital.

La conversion d'obligations en actions se présente alors comme une hypothèse particulière de libération des actions par compensation (3). L'apport ne disparaît pas dans cette hypo-

73. — (1) P. Cordonnier, *Augmentations de capital « sans apports extérieurs »*, D. 1948, chr. p. 9.

(2) Cf E. Thaller, *De l'augmentation du capital par transformation en actions... du passif...*, Ann. dr. com., 1907, p. 182.

(3) Escarra, *Cours*, n° 881. — Rappr. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. II, n° 870; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 751.

thèse. Les obligataires en acceptant le statut d'actionnaires, contractent envers la société une dette d'apport. Cette dette existe mais au lieu d'être éteinte par le procédé du versement en espèces, elle sera éteinte par celui de la compensation, lors de l'échange des obligations contre des actions de la société (4).

B. — Mais si l'on peut ainsi considérer qu'il y a encore véritablement apport lorsque l'augmentation de capital est réalisée au moyen de la conversion d'obligations en actions, la situation se présente sous un aspect fort différent lorsque l'on envisage *l'incorporation de réserves au capital.*

Pourtant certains auteurs ont estimé que même en cette hypothèse la notion d'apport devait subsister.

Il importe en premier lieu de remarquer qu'il n'a, semble-t-il, jamais été soutenu que l'incorporation de réserves serait un apport que la société se ferait à elle-même. Et l'on comprend qu'une telle solution n'ait pas recueilli de suffrages, car il n'y aurait là qu'un nouvel abus terminologique de l'emploi du mot apport. Si l'on conçoit en effet parfaitement qu'une société puisse procéder à divers changements d'affectation de ses biens à l'intérieur de son patrimoine, si l'on conçoit que l'incorporation de réserves puisse ainsi s'analyser en une *affectation* plus précise de certains biens à la poursuite du but social, on ne saurait dire qu'il y a *apport* de la société à elle-même. Outre le fait que sauf cas exceptionnels les conventions avec soi-même ne sont pas admises par le droit français, on doit remarquer que par sa définition même l'apport est la mise en commun de certains biens par les *associés*. Cette idée ressort nettement du rapprochement des articles 1832 et 1833 du Code civil.

Pour cette raison les auteurs qui ont maintenu la notion d'apport en matière d'incorporation de réserves n'ont jamais mis en doute le fait qu'il s'agissait d'apports réalisés par les associés. Ils analysent en effet l'opération comme une distribution de réserves suivie de l'apport par les associés des réserves qui leur ont été ainsi préalablement distribuées. Et c'est à cette théorie dont l'admission entraînerait de multiples difficultés

73. — (4) Il est par ailleurs certain que le procédé de la compensation peut jouer seulement lorsque la société est *in bonis*. Si au contraire la société ne dispose pas en fait d'un actif suffisant pour couvrir ses dettes, la reprise des obligations à leur valeur nominale pour leur conversion en actions apparaîtrait d'une légalité douteuse, car on ne peut augmenter un capital qu'à la condition d'y ajouter un complément effectif de valeur, équivalant à l'augmentation annoncée (THALLER, *op. cit.*, p. 184). Aussi apparaît-il nécessaire dans cette hypothèse d'utiliser le procédé de l'apport en nature des créances obligataires qui permettra la vérification de leur valeur réelle (ESCARRA, *Cours*, n° 881; v. cep. HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. II, n° 870).

pratiques que s'oppose à juste titre la conception qui voit dans l'incorporation de réserves, non pas un apport, mais une simple affectation .

I. — Théorie décomposant l'incorporation de réserves en une distribution desdites réserves suivie d'apport (1).

74. — Cette théorie a son point de départ dans l'idée d'une coïncidence exacte entre la notion d'apports et celle du capital. Elle est fondée sur cette affirmation que l'on trouve exprimée par C. Houpin (2) : « *Des actions ne peuvent être créées au cours de la société, comme lors de sa constitution, qu'en représentation d'un apport en nature ou en espèces* ». Or, puisque les biens qui constituent à l'actif la contre-partie des réserves sont la propriété de la société et qu'on ne saurait les considérer comme appartenant personnellement aux associés, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un apport en nature de la part de ceux-ci au profit de la société (3).

Pour maintenir l'idée d'apport, il faut donc considérer qu'il s'agit d'un apport de numéraire. Et pour justifier cette explication, on décompose l'incorporation de réserves en deux opérations distinctes. Il y a en premier lieu distribution des réserves aux actionnaires. Cette distribution est possible et licite (dès lors que la réserve dont on envisage la distribution n'est pas la réserve légale). Et c'est à l'assemblée générale des actionnaires qu'appartient le droit de décider la répartition aux actionnaires du fonds de réserve.

Mais là s'arrêtent les pouvoirs de l'assemblée générale. Elle ne saurait, selon les auteurs défendant la conception actuellement étudiée, décider que cette répartition sera faite non pas en espèces, mais au moyen d'une remise d'actions. Considérant que la remise d'actions suppose un apport et que l'apport ne peut être réalisé qu'avec le consentement individuel de chaque associé, cette théorie fait intervenir après la distribution des réserves une seconde phase : une souscription d'actions, analogue à celle qui existe lors d'une augmentation de capital par accroissement de l'actif. Et pour maintenir la cohésion logique de cette théorie, ses défenseurs doivent considérer que l'assemblée générale ne saurait obliger les actionnaires à souscrire à l'augmentation du capital. L'assemblée générale ne peut en

74. — (1) Houpin, *Transformation de fonds de réserves en actions*, J. Soc., 1901, p. 49; — v. également R. Rousseau, *Soc. com.*, t. I, n° 3292; Bourcart, *Les modifications aux statuts et la loi du 22 nov. 1913*, Ann. dr. com., 1914, p. 259-260.

(2) Houpin, article précité, p. 51.

(3) Houpin, article précité, p. 52.

effet accroître les engagements des actionnaires et en particulier ne peut leur imposer, sans leur accord individuel, d'effectuer un supplément d'apport.

Aussi la conclusion à laquelle aboutit cette conception est « que la distribution du fonds de réserve et la souscription des nouvelles actions forment deux opérations qui, quoique connexes, sont juridiquement distinctes et nécessitent des consentements différents et indépendants » (4). Alors que le consentement de la majorité suffit pour la distribution du fonds de réserve, le consentement de tous les actionnaires *apparaît nécessaire pour la souscription des actions.*

Les actionnaires pourront souscrire aux actions nouvelles créées pour représenter le fonds de réserve dont la distribution a été décidée. Mais l'assemblée générale ne saurait les y contraindre et les actionnaires se voient par conséquent reconnaître dans cette théorie le droit d'exiger le versement en espèces de leur part de réserves dans l'hypothèse où ils refusent de souscrire.

Ainsi pour obtenir l'incorporation directe de réserves au capital, il faudrait obtenir l'accord de l'unanimité des actionnaires anciens et par conséquent lorsque cette unanimité serait impossible à réaliser, il faudrait décider la mise en distribution des réserves et ouvrir en même temps une souscription d'actions, en permettant aux actionnaires anciens d'effectuer leur souscription en libérant les actions nouvelles au moyen d'une compensation avec la part de réserves à laquelle ils ont droit.

75. — Cette théorie qui analyse ainsi l'incorporation de réserves au capital en deux opérations distinctes allait connaître une destinée curieuse. Très rapidement la doctrine et la pratique allaient l'abandonner, et même les auteurs l'ayant adopté à l'origine renoncèrent à la soutenir (1). Au contraire pour des raisons tant d'ordre commercial que d'ordre fiscal la jurisprudence consacra la théorie envisagée et se heurta à des critiques de plus en plus vives de la part de la doctrine.

En imposant la nécessité d'obtenir le consentement individuel des actionnaires lors de l'incorporation des réserves, la théorie de C. Houpin contenait un germe de paralysie, que la pratique allait s'efforcer de combattre. Au XX^ème^ siècle l'incorporation de réserves au capital apparut comme une opération extrêmement profitable au point de vue économique. En effet elle permet en premier lieu le renforcement du crédit de la société. Tant que les bénéfices accumulés sont représentés au passif par des réserves, les créanciers de la société peuvent

74. — (4) HOUPIN, article précité, p. 53.

75. — (1) V. notamment la modification du *Traité des Sociétés* de HOUPIN et BOSVIEUX, entre la 4^e^ et la 5^e^ édition.

craindre qu'une distribution de ces réserves aux actionnaires ne vienne réduire l'actif social et par conséquent leur gage. Au contraire une fois les réserves incorporées au capital, seule la procédure de la réduction de capital peut être utilisée et elle sauvegarde les droits des créanciers.

Mais l'incorporation de réserves est également une opération favorable aux actionnaires. Du fait de l'auto-financement auquel se livrent les sociétés, les dividendes versés aux actionnaires sont souvent réduits par rapport à ce qu'ils pourraient être si les bénéfices étaient intégralement distribués. Lorsque le dividende est ainsi maintenu à un niveau modeste, la hausse de l'action en Bourse est freinée ; mais cette hausse se développe, pour diverses raisons, lorsqu'est annoncée une distribution d'actions gratuites ou même un simple relèvement de la valeur nominale de l'action, opérations qui se réalisent au moyen d'une incorporation de réserves au capital.

Ainsi l'incorporation de réserves apparaît comme constituant pour les actionnaires un dédommagement des sacrifices qui leur sont demandés pour permettre un auto-financement de l'entreprise. Mais il est également certain que très souvent les actionnaires pris individuellement préféreraient la distribution directe des réserves plutôt que l'incorporation de ces réserves au capital. Dès lors si, comme le propose la théorie qui fait intervenir une souscription en matière d'incorporations de réserves, chaque actionnaire avait le choix entre recevoir sa part de réserves en espèces ou l'employer à souscrire des actions nouvelles, un certain nombre d'associés, plus soucieux d'obtenir un profit immédiat que des espérances de gains futurs opteraient pour la distribution en espèces.

Et cette solution ne serait pas sans entraîner d'importantes difficultés pour la société. Ces difficultés pourraient sans doute être résolues lorsque la société émet des actions nouvelles en représentation des réserves incorporées au capital, car alors il se trouvera le plus souvent des souscripteurs désirant entrer dans la société et qui accepteront de prendre la place des associés ayant choisi la distribution en espèces. Mais ce qui est le plus grave c'est qu'en exigeant l'unanimité des actionnaires pour l'incorporation de réserves, on empêche pratiquement de réaliser cette opération par élévation du nominal des actions, car une telle unanimité ne pourra être obtenue dans les grandes sociétés anonymes et d'autre part cette élévation du nominal ne permet pas la substitution d'un souscripteur nouveau à l'actionnaire originaire.

76. — Aussi la pratique est-elle aujourd'hui unanimement répandue de réaliser les incorporations de réserves au moyen d'un simple vote de la majorité de l'assemblée générale des actionnaires. C'est cette orientation de la pratique fermement maintenue depuis un demi-siècle qui a permis la réalisation

commode à une époque très récente des multiples élévations de nominal d'actions anciennes qui ont suivi la réévaluation des bilans. Mais si la pratique a pu s'engager avec autant d'assurance dans la voie de la simplification des formalités de l'incorporation de réserves, c'est parce que de nombreux auteurs étaient intervenus pour critiquer l'existence d'apports en matière d'incorporation de réserves.

C'est E. Thaller (1) qui l'un des premiers montra combien la théorie qui jusque là faisait figure de doctrine dominante et dédoublait l'incorporation de réserves en deux opérations distinctes était inexacte. Cette théorie traditionnelle reposait sur une assimilation presque complète de l'augmentation de capital par accroissement d'actif et de l'augmentation de capital par simple annexion des réserves au capital originaire. Or, comme le remarque E. Thaller, ces deux variétés d'augmentations n'ont guère de commun que le nom. Elles diffèrent profondément par leurs caractères essentiels.

Lorqu'une société fait appel à de nouveaux capitaux, les souscriptions d'actions mettent à la charge des souscripteurs le versement de l'apport promis, ce qui représente un sacrifice pécuniaire. Au contraire E. Thaller observe que dans l'incorporation de réserves « *on chercherait vainement un apport nouveau, une charge complémentaire incombant aux actionnaires* ». Et de plus faire jouer en cette hypothèse la compensation entre les réserves distribuées et les dettes d'apport apparaît inexact. En effet la plupart du temps les réserves ne sont pas représentées par de l'argent mais par des immeubles, du matériel, des participations. Pour rendre la compensation concevable, il serait nécessaire de commencer par réaliser ces immeubles, ce matériel, ces participations. Et cette opération apparaîtrait comme un non-sens puisqu'on entend conserver ces biens avec leur consistance antérieure. Il faudrait admettre, alors, qu'il y a apport en nature desdits biens, mais l'on se heurte à l'objection déjà signalée que les biens appartiennent à la société et que l'apport doit être effectué par les associés.

77. — Devant ces critiques la théorie de la décomposition en deux opérations successives de l'incorporation de réserves perdit les uns après les autres ses défenseurs. Et il est permis de dire qu'aujourd'hui elle est presque unanimement abandonnée par la doctrine (1). Mais tant sur le plan du droit

76. — (1) THALLER, *De l'augmentation de capital par transformation en actions, soit du passif, soit des réserves de la société*, Ann. dr. com., 1907, p. 177 et s., en particulier p. 190.

77. — (1) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-2, n° 873-7; ESCARRA, *Cours*, n° 677; JOLY, *Dictionnaire des sociétés anonymes*, V° *Augmentation de capital*, n° 75; DALSACE, note S. 1949. II. 161. — V. cependant la position nuancée de G. RIPERT, *Dr. com.*, n° 1399.

commercial que sur celui du droit fiscal, elle a reçu une certaine audience de la part de la jurisprudence.

Sur le terrain du droit commercial proprement dit, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer et il semble à peu près certain qu'elle hésiterait aujourd'hui à décider que l'incorporation de réserves doit être acceptée par l'unanimité des actionnaires pour être valable, car une telle prise de position signifierait la possibilité de demander la nullité de centaines d'augmentations de capital (non encore couvertes par la prescription) et empêcherait pratiquement dans l'avenir l'utilisation technique d'un procédé couramment utilisé aujourd'hui. Mais quelques décisions de Tribunaux de commerce n'ont pas hésité à consacrer la doctrine ancienne de l'existence d'une véritable souscription en cas d'incorporation de réserves.

Ainsi une décision du Tribunal de commerce du Havre en date du 4 août 1933 (2) exige dans cette hypothèse le consentement individuel des actionnaires et l'accomplissement des formalités légales en matière d'augmentation de capital : déclaration notariée de souscriptions et versements, réunion d'une assemblée générale de vérification. Et le Tribunal de commerce du Havre n'hésite pas à prononcer la nullité d'une incorporation de réserves réalisée sans l'accomplissement de ces formalités. Son jugement reprend dans ses attendus l'argumentation traditionnelle élaborée pour faire admettre le consentement individuel des actionnaires à l'incorporation de réserves. Il apporte toutefois un élément nouveau dans la discussion. Reprenant en effet l'argument selon lequel l'attribution d'office d'actions nouvelles entraîne l'aggravation des engagements des actionnaires, il relève que cette aggravation des engagements tient au fait que les actionnaires « perdent la possibilité de recevoir librement et en espèces leur part de réserves qui jusque là était disponible ».

Mais cet argument est erroné. En effet, il n'y a pas là augmentation des engagements des actionnaires car on ne fait peser sur eux aucune obligation nouvelle, aucune dette supplémentaire d'apport (3).

Le jugement du Tribunal de commerce du Havre apparaît ainsi condamnable et la doctrine l'a sévèrement critiqué (4).

77. — (2) *J. Soc.*, 1935, p. 440, observations H. L.

(3) Joly, *Dict. soc. anonymes*, V° *Augmentation de capital*, n° 75. — Rappr. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 873-7; — v. également *infra* n° 82.

(4) Observations H. L., *J. Soc.*, 1935, p. 440; Joly, *loc. cit.*; J. Michel, *L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942*, Gaz. Pal., 1942. I. Doctr., p. 2, col. 1; — note Dalsace, S. 1949. II. 161. — Dans cette note, M. Dalsace, parlant du jugement du Tribunal de commerce du Havre du 4 août 1933, écrit : « Le soussigné est à même d'affirmer que les conditions dans lesquelles il a été rendu lui enlèvent toute valeur. »

Elle a montré la même sévérité pour les deux décisions qui depuis ont adopté une position analogue à celle du Tribunal du Havre : un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 10 avril 1941 (5) a analysé la conversion directe de parts en actions comme impliquant augmentation de capital par souscription d'actions de numéraire effectuée par les porteurs de parts et le Tribunal de commerce de la Seine, le 17 janvier 1949 (6), s'est prononcé dans le même sens. Les annotateurs de ces décisions ont fait ressortir le caractère contestable de ces jugements de juridictions inférieures qui ont appliqué une doctrine ancienne, aujourd'hui critiquée par la majorité des auteurs. Aussi est-il permis d'espérer que ces décisions resteront isolées et que sur le terrain du droit commercial, la conception, analysant l'incorporation de réserves au capital en distribution desdites réserves suivie d'apport, ne connaîtra aucun renouveau.

On peut l'espérer d'autant plus légitimement que cette conception vient d'être condamnée par une récente décision de jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Lyon du 5 février 1951 (7) vient en effet de décider que l'incorporation des réserves au capital social ne constitue pas en deux opérations imaginaires, mais en une opération réelle unique et que dès lors le montant de ces réserves « qui figurait au passif du bilan, y est demeuré avec une affectation nouvelle et n'est à aucun moment sorti du patrimoine de la société ».

78. — Cependant des considérations d'ordre fiscal sont venues rendre plus complexe une situation que la doctrine depuis un demi-siècle s'était efforcée de clarifier. Il apparaît en effet que la solution la plus avantageuse pour l'Administration fiscale est de décomposer l'incorporation de réserves en deux opérations distinctes, car cela lui permet de percevoir deux impôts : l'impôt sur le revenu du fait qu'il y a distribution de réserves aux actionnaires et le droit d'apport du fait qu'il y a souscription. C'est cette analyse qui a prévalu au point de vue fiscal jusqu'à une loi du 12 août 1942. Et l'Administration a trouvé pour soutenir son point de vue l'appui de la Cour de cassation qui, à plusieurs reprises, considéra que l'incorporation de réserves comportait une distribution de revenus.

Parmi les nombreux arrêts qui ont été rendus en cette matière (1) le plus intéressant au point de vue de la nature juridique de l'incorporation de réserves est un arrêt de la

77. — (5) *J. Soc.*, 1941, p. 183.
(6) S. 1949. I. 161, note DALSACE.
(7) J.C.P. 1952. II. 6673, note D. BASTIAN.

78. — (1) Cf. en particulier Cass. civ., 18 fév. 1931, D.H. 1931, 251; Cass. req., 26 juillet 1932, D.H. 1932, 444; Cass. req., 24 oct. 1932, D.P. 1933. I. 21, note E. P.

Chambre civile du 11 avril 1927 (2) dans lequel on relève le passage suivant : « ...*Attendu que toute augmentation du capital « social suppose un nouvel apport fait à la société;* que le prélè- « vement opéré par la Société Saint-Quentinoise sur ses réserves « pour augmenter son capital en élevant de 500 à 1.000 francs « la valeur nominale de ses actions a permis aux actionnaires « de réaliser leur apport sans faire aucun versement personnel ; « que dès lors il constitue pour eux une distribution de « produits... ».

Cette décision a été violemment critiquée et en particulier un auteur (3) a reproché à la Cour de cassation d'avoir, en déclarant qu'une augmentation de capital suppose nécessairement des apports, émis « une affirmation non motivée ». Cette critique paraît justifiée. En effet tout apport à une personne morale constitue par définition même un enrichissement du patrimoine de celle-ci ; or en cas d'incorporation de réserves, il n'y a aucun accroissement de l'actif.

Du reste l'analyse voyant dans l'incorporation de réserves au capital une distribution de bénéfices suivie d'apport, après avoir été abandonnée par la doctrine commerciale, a été écartée par le droit fiscal malgré tout l'intérêt qu'elle peut à première vue présenter pour l'Administration, du fait de l'existence de deux sources distinctes d'imposition. L'utilité que présente cette analyse pour le fisc apparaît beaucoup moindre en effet si au lieu d'envisager l'intérêt immédiat de l'Etat on envisage son intérêt futur : en frappant d'une double imposition les incorporations de réserves, on diminue le nombre de ces opérations, les sociétés et les associés hésitant à payer une aussi lourde dîme. Or l'intérêt de l'Etat est le plus souvent la multiplication des incorporations de réserves qui, en permettant le développement du potentiel économique des entreprises, ont généralement pour conséquence une augmentation des bénéfices ultérieurs de ces entreprises et partant une augmentation des impôts prélevés sur ces bénéfices.

A la veille de la loi du 12 août 1942, la taxation des incorporations de réserves était particulièrement lourde puisque outre le droit d'apport, elles étaient soumises à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (dont le taux était à cette époque de 30 %) et à l'impôt général sur le revenu. Or cette taxation apparaissait tout à fait injuste : comme on le remarquait alors, l'incorporation de réserves ne procure aux actionnaires aucune augmentation de leur avoir individuel ou privatif (4). Et il en est ainsi même quand l'actionnaire reçoit

78. — (2) S. 1927. I. 240.

(3) A. Dalsace, note S. 1949. 2. 163, colonne 1.

(4) G. George, *La loi du 12 août 1942 modifiant le régime fiscal des incorporations de réserves...*, J. Soc., 1943, p. 163.

gratuitement une action nouvelle : « l'action qu'il possédait déjà représentait une quotité de l'actif social ; les deux actions qu'il détient après l'opération représentent dans leur ensemble la même quotité » (5).

79. — L'attention des pouvoirs publics fut attirée sur cette situation et la loi du 12 août 1942 vint décider que les distributions de réserves effectuées à compter du 1er septembre 1942 sous la forme d'augmentation de capital seraient exonérées de l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers, l'attribution d'actions gratuites étant par une autre disposition de la même loi exonérée de l'impôt général sur le revenu. Mais corrélativement à ces mesures et pour compenser au moins partiellement les diminutions de recettes qu'elles entraînaient, la loi du 12 août 1942 instituait une *taxe additionnelle* au droit d'apport, taxe s'appliquant « aux actes portant augmentation de capital au moyen de l'incorporation de réserves » (1).

Ainsi le régime fiscal de l'incorporation de réserves se trouvait profondément modifié : la loi de 1942 faisait disparaître l'utilité qu'il pouvait y avoir du point de vue fiscal à analyser cette opération comme comportant d'une part distribution de réserves et d'autre part apport. Une telle analyse, condamnée sur le terrain du droit commercial du fait qu'elle conduit à exiger sans raison valable le consentement unanime des actionnaires, perdait également l'intérêt qu'elle présentait précédemment sur le terrain fiscal. Les obstacles qui de ce côté pouvaient exister contre l'admission de la théorie du virement direct disparaissaient ainsi.

II. — Théorie du virement direct (1).

80. — Cette théorie considère l'incorporation de réserves au capital social comme étant opérée par un simple jeu d'écritures,

78. — (5) GEORGE, article précité, p. 164.

79. — (1) La taxe additionnelle au droit d'apport a été supprimée par le décret du 30 juin 1952. Mais les principes qui, depuis 1942, gouvernent en matière fiscale l'incorporation de réserves demeurent valables. Actuellement cette opération est exonérée de la taxe proportionnelle sur le revenu des personnes physiques; elle n'est plus soumise qu'au droit d'apport à un taux du reste majoré (6 % au lieu de 1,40 %). Ce taux est réduit à 2 % lorsque la réserve incorporée au capital est la réserve spéciale de réévaluation. De plus, les sociétés qui ne sont pas assujetties à l'impôt sur les personnes morales bénéficient d'un régime spécial en matière d'incorporation de réserves (v. art. 719 C. gén. impôts, mod. décr. 30 juin 1952).

80. — (1) L'origine de la théorie du virement direct semble se trouver dans l'étude d'E. THALLER, *De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société*, Ann. dr. com., 1907, p. 117. — Cette théorie est admise aujourd'hui (sous des appellations diverses) par la quasi-unanimité de la doc-

au moyen d'un virement au compte « *capital* » de tout ou partie des sommes inscrites au compte « *réserves* ». Ainsi l'opération se ramène à un phénomène de comptabilité.

L'analyse qui voit dans l'incorporation de réserves une simple opération comptable est exacte, mais elle apparaît plus comme une description que comme une explication. Aussi parmi les auteurs qui ont admis la théorie du virement direct, certains ont été amenés à préciser le fondement de l'opération, à rechercher derrière le phénomène comptable la nature de l'acte juridique qu'est l'incorporation de réserves (2). Lorsque l'on dit en effet que cette dernière se traduit par un virement d'écritures qui accroît le poste « capital » de tout ce qui est retiré au poste « réserves », on ne fait qu'envisager l'aspect comptable de l'opération, on en néglige l'aspect juridique. C'est donc ce dernier point de vue qu'il importe d'approfondir et la conception la plus exacte qui puisse être donnée de l'incorporation de réserves consiste à définir cette opération comme étant une « *augmentation de capital sans apports* » (3).

Mais pour établir cette idée, ses promoteurs se sont efforcés de montrer que contrairement à l'opinion habituellement soutenue, le capital n'est pas constitué par la somme des apports. L'un d'entre eux (4) recourt au raisonnement suivant : « Si le capital social se confondait avec les apports, il subirait les transformations matérielles, les accroissements, les dépérissements de ces apports et les fluctuations qui affectent leur valeur ». Et l'on oppose ainsi la notion concrète d'apports à la notion abstraite de capital, pour conclure qu'il n'y a coïncidence entre apport et capital qu'à l'origine de la société, parce qu'alors il y a également coïncidence entre actif social et capital.

Ces critiques adressées à la notion classique de capital sont excessives. Lorsqu'en effet on définit le capital comme étant la somme des apports, on entend simplement par là que le capital est la somme des estimations que donne des biens apportés l'acte

trine : v. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 873-6; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. II, n° 872; Escarra, *Cours*, n° 877; Ripert, *Dr. com.*, n° 1400; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 743; Joly, *Dict. soc. anonymes*, V° *Augmentation de capital*, n° 75; J. Michel, *L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942*, Gaz. Pal., 1943. I. doct., p. 2, 1re colonne; P. Cordonnier, *De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social*, J. Soc., 1943, p. 92, n° 13; Dalsace, note S. 1949. II. 161; D. Bastian, note sous Lyon, 5 fév. 1951, J.C.P. 1952. II. 6673. — Cf. pour le droit allemand et autrichien : Karl Rauch, *Kapitalerhöhung aus Gesselschaftsmitteln* (L'augmentation de capital réalisée au moyen des ressources sociales), 2 vol., Hermann Böhlau, éditeur, Graz.

80. — (2) Cf. notamment L. Chalaron, *L'augmentation de capital par incorporation de réserves...*, thèse Strasbourg 1935, p. 109.

(3) Pierre Joffroy, *Des réserves et de leur incorporation au capital social*, thèse Toulouse 1944, p. 89.

(4) Chalaron, thèse précitée, p. 44. — Dans le même sens, Joffroy, thèse précitée, p. 93.

de société. On n'établit donc pas une équivalence entre un élément abstrait et stable d'une part, des éléments concrets et dont la valeur est sujette à changement d'autre part. Comme le capital lui-même qui est leur somme, les évaluations que l'on fait des apports dans l'acte de société présentent un caractère de fixité ; elles sont indépendantes des fluctuations de valeur économique qui atteindront les biens matériels, objets des apports. L'estimation des apports dans l'acte de société fixe de manière définitive (et sauf contestation ultérieure) la valeur de l'apport dans les relations de l'associé et de la société. Et le capital originaire ou augmenté à la suite de nouveaux apports est constitué par la somme de ces estimations au moins dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée. Tous les arguments que l'on peut faire valoir en ce qui concerne l'existence dans ces sociétés de prétendus apports figurant en dehors du capital (biens remis à la société en contrepartie de parts bénéficiaires, primes d'émission) ne sauraient être retenus puisque des développements précédents (5) ont permis d'établir qu'il y avait là non des apports, mais simplement des opérations voisines de l'apport.

81. — Toutefois si l'on est ainsi conduit à considérer qu'il existe des liens étroits entre capital et apports, est-ce à dire qu'il faille considérer avec la Cour de cassation que « toute augmentation du capital social supose un nouvel apport fait à la société ? » (1). Il ne le semble nullement. Pourquoi en effet adjoindre aux exigences prévues par les textes légaux, une exigence supplémentaire que rien ne justifie ?

Ce que veut le législateur, c'est que les associés ne puissent pas reprendre leur apport tant que les créanciers n'ont pas été désintéressés : de là s'est établi le principe de la fixité et de l'indisponibilité du capital social. On a pu dire très justement que la nature juridique de ce capital tenait toute entière dans une double obligation : « 1°) l'obligation pour la société de conserver, sans pouvoir en opérer la répartition entre les actionnaires une certaine valeur d'actif net et 2°) l'obligation d'affecter les bénéfices des années favorables à la reconstitution de cette valeur si elle vient à dépérir » (2). Figurant du côté passif *le capital représente ainsi une obligation* : ce n'est pas tant, comme on pourrait être tenté à première vue de le soutenir, une dette contractée par la société envers les actionnaires à la suite de leur apport ; *c'est une obligation envers les créanciers de la société, indiquant le montant des biens que la société s'engage à maintenir dans son patrimoine pour garantir le paiement de ses dettes.*

80. — (5) V. *supra* n°s 67 et 72.

81. — (1) Cass. civ., 11 avril 1927, S. 1927. I. 240, cité *supra* n° 78.
(2) CHALARON, thèse précitée, p. 51.

Et l'on comprend alors que si la société doit en raison des prescriptions légales affecter à ses créanciers en la rendant indisponible une portion de son actif égale aux apports des associés, elle peut au cours de son existence, alors qu'une partie des bénéfices antérieurs a été maintenue dans l'entreprise et figure sous forme de réserves, désirer augmenter la fraction de son patrimoine frappée d'indisponibilité au profit des créanciers. L'intérêt de l'opération a été mis en lumière dans un précédent développement (3) : elle accroît la garantie des créanciers, elle renforce par conséquent le crédit de la société.

Pourquoi dès lors ne pas admettre que la société a toute liberté pour adjoindre à la fraction de son patrimoine qui correspond aux apports et dont elle ne peut de ce fait disposer au profit des associés, une nouvelle fraction de son patrimoine qu'elle rend volontairement indisponible pour gagner la confiance des créanciers ? Pourquoi voir dans cette décision de la société, un apport quelconque, alors qu'il n'y en a nulle trace, qu'il y a un simple engagement de la société, un simple accroissement de ses obligations à l'égard des tiers ?

Dans la société anonyme le capital social apparaît ainsi comme *devant* être constitué à l'origine par la somme des apports des associés, mais comme *pouvant* être par la suite augmenté de deux manières : soit par de nouveaux apports, soit, à l'exclusion de tout apport, par une simple affectation de biens, décidée par la société. Dans ce dernier cas, comme le dit en une formule imagée E. Thaller (4), « *le seul point modifié est la cote d'étiage où s'arrête l'actif indisponible* ». Par la transformation de ses réserves en actions, la société étend l'indisponibilité du capital social ancien à une nouvelle fraction de son actif. La société recule seulement « cette ligne d'arrêt toute idéale tracée dans l'actif » ; elle amplifie le cercle de l'actif destiné à former la garantie du passif (5).

82. — Pour que soit réalisée une telle augmentation de capital sans apports, il suffit qu'il existe au passif des réserves suffisantes, pouvant être virées au compte « capital » (1). En

81. — (3) V. *supra* n° 75.

(4) *De l'augmentation du capital par transformation en actions, soit du passif, soit des réserves de la société,* Ann. dr. com., 1907, p. 195.

(5) E. Thaller, article précité, p. 194.

82. — (1) Puisqu'il apparaît ainsi que l'incorporation de réserves ne s'analyse pas comme une distribution de réserves suivie d'apport, on peut parfaitement considérer que des réserves dont la mise en distribution entre les actionnaires serait d'une légalité douteuse (réserve de réévaluation) ou même tout à fait contraire à la loi (réserve légale) peuvent être incorporées au capital. En particulier l'incorporation au capital de la réserve légale paraît possible car elle ne fait que renforcer les garanties des tiers que le législateur a entendu

effet pour matérialiser cette augmentation de capital, des actions nouvelles seront créées ou la valeur nominale des actions anciennes sera augmentée. Or si la société est libre de créer des parts bénéficiaires sans aucune contre-partie, elle ne peut créer des actions nouvelles qu'en leur donnant une contre-partie constituée par des biens ayant une valeur économique sûre, contre-partie qui sert à libérer ces actions. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée au moyen d'apports extérieurs, ce sont les associés qui vont libérer eux-mêmes leurs actions en effectuant au profit de la société l'apport prévu. Au contraire, lorsqu'il y a incorporation de réserves au capital, les actions nouvelles qui seront émises seront libérées par un procédé spécial qui caractérise l'opération d'incorporation : le virement des réserves au poste capital, autrement dit un changement d'affectation des biens correspondant à ces réserves ; ces biens au lieu d'être librement distribuables seront frappés d'une certaine indisponibilité au profit des créanciers sociaux.

Les biens frappés d'indisponibilité ne seront pas du reste tels ou tels éléments individualisés de l'actif ; mais simplement une fraction de cet actif cessera d'être librement distribuable entre les actionnaires.

En renonçant à décomposer l'incorporation de réserves en deux phases — distribution puis souscription —, on écarte la nécessité du consentement individuel des actionnaires. En effet puisque l'incorporation de réserves apparaît comme une augmentation de capital sans apports, elle est par là même une augmentation de capital sans engagements nouveaux des associés. Dès lors l'assemblée générale des actionnaires a la possibilité de la décider à la majorité. Les engagements des associés ne sont pas accrus puisqu'il est expressément prévu lors de la décision d'augmentation de capital que la libération des actions nouvelles ne s'effectuera pas par un versement d'espèces de la part des actionnaires, mais par le simple jeu d'un virement comptable entre deux postes du passif social. Il n'y a création d'aucune obligation à la charge des actionnaires, fût-ce pendant un instant de raison.

Non seulement du reste les actionnaires ne voient leurs obligations augmentées en aucune manière, mais il est même permis de considérer qu'à la suite de l'incorporation de réserves

protéger par l'institution de la réserve légale. (Cf. AMIAUD, *Des comptes de réserves*, thèse Paris 1912, p. 415 et s. : « Pourquoi... empêcher une société de transformer sa réserve légale en capital puisque l'opération ne présente aucun inconvénient, ni pour la société, ni pour les créanciers qui verront au contraire leur gage devenir plus solide ? ») Il importe toutefois de remarquer que la société aura rarement intérêt à incorporer au capital la réserve légale, car elle sera obligée ensuite de reconstituer cette réserve par des prélèvements annuels sur les bénéfices.

leurs droits *individuels* sont accrus. Certes comme un développement précédent a permis de le montrer (2), la situation des actionnaires est dans une large mesure demeurée identique : les actions qu'ils détenaient leur donnaient vocation à une certaine fraction de l'actif social et cette fraction n'est pas modifiée par l'incorporation de réserves, que cette incorporation se soit traduite par une élévation du nominal des actions ou par une distribution d'actions gratuites (3). Mais on doit remarquer que les droits individuels des actionnaires se trouvent renforcés du fait de l'opération puisque la majorité ne pourra plus, par la suite, imposer à la minorité une utilisation des reserves désapprouvée par celle-ci.

Il n'y a donc dans l'incorporation de réserves ni augmentation des engagements des actionnaires, ni atteinte à leurs droits individuels puisque ces droits sont au contraire renforcés. Il est seulement permis de dire que l'opération envisagée entraîne diminution des droits de la société, ou si l'on préfère diminution des droits *collectifs* des actionnaires, l'assemblée générale renonçant à toute distribution ultérieure des réserves rendues indisponibles par l'opération. Mais à la différence de l'accroissement des engagements des associés, une telle renonciation entre certainement dans les pouvoires de l'assemblée générale des actionnaires (4).

Non seulement du reste l'assemblée générale peut renoncer à la libre distribution des réserves en décidant leur transformation en capital ; mais elle peut également imposer aux actionnaires une renonciation complète à tous droits sur ces réserves pour en permettre l'attribution aux porteurs de parts en vue de racheter leurs titres. Cette attribution peut se faire en espèces ; mais l'assemblée générale pourrait également avec l'accord des porteurs de parts décider qu'une partie des réserves sera incorporée au capital et que les actions créées à la suite de cette incorporation seront remises en échange des parts (5). Ici également l'opération a un caractère purement interne. Il n'y a pas distribution des réserves aux porteurs de parts suivie d'une souscription par ceux-ci aux actions nouvelles. Il y a

82. — (2) V. *supra* n° 78.

(3) D. Bastian, note au J.C.P. 1952. II. 6673.

(4) Il importe à ce point de vue de remarquer que si l'incorporation de réserves augmente le capital social et par conséquent l'obligation pour la société de conserver à la disposition des créanciers une quote-part plus importante de l'actif, il s'agit là d'une obligation *de la société* et non d'une obligation *des associés* pris individuellement.

(5) Sur l'utilisation des réserves, notamment en vue du rachat des parts de fondateur ou de la transformation de ces parts en actions, v. Ripert, *Dr. com.*, n° 1352; Escarra, *Cours*, n° 877; Dalsace, note S. 1949. II. 161; — cf. également Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n°s 569 à 572.

simplement création, par l'assemblée générale, d'actions nouvelles libérées au moyen d'une incorporation de réserves et les actionnaires renoncent à se voir attribuer ces actions de manière à ce qu'elles puissent être changées contre les parts bénéficiaires.

*
* *

83. — Si l'étude de l'incorporation de réserves fait apparaître ainsi un certain divorce entre la notion de capital et celle d'apport, elle permet toutefois simplement de dire que la notion de capital apparaît à certains égards plus large que la notion d'apport. Mais le droit positif français conserve encore comme principe général l'idée d'une équivalence entre le capital, la somme des évaluations des apports et la somme des droits sociaux. On ne peut apporter à cette équivalence que des exceptions limitées et il est permis de dire que dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence ces exceptions se ramènent à deux : en premier lieu les apports en industrie ou en garantie, lorsqu'ils sont possibles, ne figurent pas dans le capital social et en second lieu l'incorporation de réserves se présente comme étant un procédé d'augmentation de capital qui se réalise autrement que par voie d'apport.

En dehors de ces deux exceptions, l'équivalence du capital et de la somme des apports est largement maintenue. Les autres tempéraments qu'on a voulu lui apporter, en matière de versement de primes d'émission et de rémunération de biens à l'aide de parts de fondateur, ne sauraient être retenus. Dans ces deux derniers cas, il s'agit, en droit positif, non d'apport, mais simplement d'opérations voisines de cet acte juridique. Et il est permis de considérer qu'il existe en dehors de l'exemple des primes d'émission et de celui de la remise d'un bien à une société moyennant l'attribution de parts de fondateur, beaucoup d'autres conventions qui peuvent être mises en parallèle avec l'apport. L'apport est ainsi susceptible d'être utilement comparé aux contrats usuels que connaissent le droit civil et le droit commercial : vente, louage, prêt..., car la prestation fournie par l'apporteur peut suivant les cas être rapprochée de celle fournie par un vendeur, un bailleur, un prêteur... Toutefois il apparaît nettement que pour cette comparaison on ne peut pas faire intervenir une notion unique d'apport, mais, suivant les cas, telle ou telle variété d'apport. Chacune de ces variétés peut être rapprochée d'un moule contractuel traditionnel.

Ainsi à côté des caractères généraux qui viennent d'être définis dans ce titre premier et qui constituent des éléments donnant à la notion d'apport une certaine unité, existent des caractères particuliers à chaque catégorie d'apport et tenant au fait que les prestations fournies par les apporteurs peuvent avoir des objets extrêmement variés.

TITRE II

Caractères propres à chaque variété d'apports

84. — Pour établir une comparaison entre l'apport et les contrats que l'on peut en rapprocher (tels la vente pour l'apport en propriété ou le louage pour l'apport en jouissance) il faut encore faire appel à l'idée que l'apport est une prestation fournie à la société moyennant attribution de droits sociaux. Il est en effet utile de remarquer que *la remise des droits sociaux à l'apporteur intervient dans des hypothèses où il aurait été concevable que la contre-partie du bien ou du service dont bénéficie la société soit un prix versé par celle-ci. En d'autres termes, il apparaît que dans la plupart des contrats synallagmatiques dont l'une des prestations est constituée par un prix, ce prix peut être remplacé par l'attribution de droits d'associé, ce qui a pour effet de transformer l'opération synallagmatique envisagée en apport en société.*

Ainsi lorsqu'une société désire acquérir un bien et que le propriétaire de ce bien est prêt à le mettre à la disposition de la société, les parties peuvent recourir au procédé de la vente, si le cédant désire recevoir un prix en espèces, ou au procédé de l'apport en société, si l'accord des intéressés se réalise sur l'attribution de droits sociaux en contre-partie du bien mis à la disposition de la personne morale. Le fait que l'attribution de droits sociaux vienne ainsi remplacer le prix est corroboré par la constatation que ce remplacement peut n'intervenir que partiellement ; c'est le cas de l'apport-mixte : un bien est cédé à la société à la fois contre une certaine somme d'argent et contre l'attribution de droits sociaux. L'opération participe alors de la vente et de l'apport.

De même que l'on peut ainsi légitimement songer à rapprocher l'apport en propriété de la vente, de même l'apport en jouissance est susceptible d'être comparé au louage de choses ou à la constitution d'usufruit. L'apport en numéraire, lui, peut être rapproché du prêt à intérêt, contrat dans lequel le prix versé par l'emprunteur est l'intérêt, ce prix se trouvant dans

l'apport en numéraire remplacé par des droits sociaux, notamment par un pourcentage des bénéfices. Quant à l'apport en industrie, il présente certaines analogies avec le louage de services : un certain travail est fourni dans les deux cas, mais en cas d'apport au lieu d'être rémunéré par un salaire, il l'est par des droits sociaux. L'apport en garantie enfin possède des caractéristiques voisines de celles du cautionnement dont il diffère surtout par la qualité d'associé reconnue à l'apporteur.

Est-ce à dire qu'il faille assimiler l'apport aux opérations dont il est possible de le rapprocher ? Un adage traditionnel dit : « *Apport en société vaut vente* ». Mais une affirmation aussi absolue est manifestement inexacte. On ne peut pas faire abstraction du fait que le prix en matière d'apport est remplacé par des droits sociaux. Cette substitution modifie la nature juridique de l'opération et entraîne par voie de conséquence d'importantes différences de régime juridique entre l'apport et les contrats auxquels on peut le comparer. Cependant il ne faut pas non plus aboutir à un excès inverse et refuser de tenir compte des rapprochements que l'on pourrait découvrir entre l'apport et d'autres contrats, rapprochements qui permettront d'envisager sur certains points une unification entre le régime juridique de l'apport et celui d'opérations voisines.

CHAPITRE PREMIER

L'apport en nature de la propriété d'un bien étudié par comparaison avec la vente

85. — La question de la nature juridique de l'apport en propriété se pose en termes différents selon que la société qui va bénéficier de l'apport possède ou non la personnalité juridique. La transmission du bien ne peut pas en effet s'opérer de la même manière dans les deux cas puisque dans le premier cas, il existe un patrimoine social qui est prêt à recevoir l'apport, alors que dans le second il n'existe, en droit français tout au moins, aucun patrimoine social.

La jurisprudence française prenant appui sur certains textes du Code civil a reconnu à toutes les sociétés civiles et commerciales, sauf aux associations en participation, la qualité de personnes morales (1). La meilleure solution aurait été sans doute de ne reconnaître la personnalité juridique (2) qu'aux sociétés qui constituent des entités véritablement distinctes de la personne de leurs membres, c'est-à-dire aux sociétés de capitaux. En ce qui concerne les sociétés de personnes, il n'était

85. — (1) V. *infra* n° 93.

Le problème de la nature de la personnalité morale a fait l'objet de controverses passionnées entre partisans de la théorie de la fiction et défenseurs de la théorie de la réalité. Sans entrer dans le détail des arguments qui peuvent être invoqués à l'appui de l'une et l'autre de ces théories, il suffit de remarquer que la première semble le mieux correspondre au droit positif français. La personnalité morale apparaît comme *un procédé technique* permettant d'attribuer à un groupement la personnalité juridique, c'est-à-dire notamment la possibilité d'être titulaire de droits patrimoniaux. Toutefois, il est permis de se demander s'il ne conviendrait pas de distinguer suivant la catégorie de société envisagée, en considérant que la personnalité morale, fiction dans les sociétés de personnes (et comme telle critiquable *de lege ferenda*), serait une réalité dans les sociétés de capitaux, les intérêts de la société étant alors suffisamment distincts des intérêts des associés. Sur cette idée, v. *infra* n° 101.

(2) Au point de vue terminologique, la solution la plus exacte est de dire que les *personnes morales* sont les groupements auxquels est reconnue la *personnalité juridique*.

pas nécessaire de recourir à l'attribution de la personnalité juridique pour réaliser une autonomie patrimoniale permettant de faire échapper aux poursuites des créanciers individuels des associés les biens affectés à l'exploitation sociale. L'application des idées de co-propriété en main commune ou de patrimoine d'affectation aurait permis de parvenir à un résultat aussi satisfaisant à ce point de vue. Mais le droit français est hostile à l'idée de patrimoine d'affectation. Les principes considérant que chaque individu n'a qu'un seul patrimoine et que d'autre part un patrimoine ne saurait exister sans avoir un titulaire imprégnent encore fortement la législation et la jurisprudence françaises.

La nécessité d'un patrimoine social se faisant sentir même pour les sociétés de personnes, il fallait donner à ce patrimoine un titulaire : la société. Or la société ne pouvait être déclarée titulaire des biens affectés à l'exploitation de l'objet social que si elle était sujet de droit, c'est-à-dire si elle se voyait reconnaître la personnalité juridique. C'est ainsi que la jurisprudence française a été amenée à faire de presque toutes les sociétés des personnes morales.

Au contraire, d'autres législations, comme la législation italienne, qui connaissent une conception plus souple de l'autonomie patrimoniale, ont considéré (ce qui semble très pertinent) que la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés dans lesquelles prédomine *l'intuitus personæ,* « serait leur faire une attribution disproportionnée » (3), alors qu'inversement il est indispensable de reconnaître aux sociétés de capitaux la qualité de personnes morales. Mais quelle que soit la position que *de lege ferenda* on peut adopter sur le problème de l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés civiles et commerciales, l'extension considérable qu'a donnée la jurisprudence française à la notion de personne morale s'impose comme constituant le droit positif. Il est donc nécessaire d'étudier quelles sont les conséquences de cette extension en ce qui concerne l'apport et d'envisager sous quels traits se présente l'apport de la propriété d'un bien lorsque cet apport est effectué au profit d'une société possédant la personnalité juridique.

Mais il apparaît également utile d'examiner le cas de l'apport effectué au profit de sociétés dépourvues de la personnalité morale. Limitée en droit français aux sociétés en participation, cette étude doit comporter un examen du droit comparé permettant de mettre en lumière certaines solutions législatives étrangères qui semblent intéressantes et sont peut-être destinées à avoir un jour une influence sur le droit français.

85. — (3) V. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 32.

SECTION I

L'APPORT EN PROPRIÉTÉ DANS LES SOCIÉTÉS POSSÉDANT LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

86. — Une théorie d'origine fiscale, née à une époque où la notion de personne morale était encore mal dégagée ne voit dans l'apport qu'une aliénation imparfaite. A cette théorie de la « mutation conditionnelle » s'oppose la conception moderne de l'apport acte translatif de propriété.

§ 1. — LA THÉORIE FISCALE DE LA MUTATION CONDITIONNELLE (1)

87. — Au XIX[e] siècle s'est développée, et affirmée au point de vue fiscal, la théorie considérant l'apport comme une mutation conditionnelle dont la réalisation dépend des résultats du partage intervenant lors de la dissolution de la société. Lorsqu'à la suite du partage le bien apporté en propriété revient entre les mains de l'associé qui l'avait mis à la disposition de la société, l'apporteur est censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire. Lorsqu'au contraire le bien est attribué par l'effet du partage à un associé autre que l'apporteur du bien, une mutation définitive se trouve alors réalisée.

L'origine de cette idée doit être recherchée dans l'œuvre de Pothier : c'est en effet cet auteur qu'invoquent les défenseurs de la théorie de la mutation conditionnelle à l'appui de leur conception. Pothier s'exprime en ces termes (2) : « ...Si par le « partage que nous faisons d'une communauté qui est compo- « sée d'héritages que nous y avons mis chacun, et d'autres que « nous avons acquis pour le compte de la société, les héritages « qui tombent dans mon lot sont ceux que j'y ai apportés par « notre contrat de société, *ils seront censés n'avoir jamais cessé* « de m'appartenir en entier. Le contrat de société que j'ai fait « avec vous, par lequel je les ai mis en communauté, ne vous « y a donné qu'un *droit conditionnel,* dépendant de l'événe- « ment du partage, pour le cas seulement auquel par le partage, « ils tomberaient dans votre lot : l'événement du partage ayant « fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais « eu aucun droit et n'avoir pu par conséquent les hypothéquer « à vos créanciers ».

87. — (1) V. L. LACROUX, *La conception fiscale du contrat de société,* Rev. Soc., 1951, p. 17; HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.,* t. I, n° 395.
(2) *Traité du contrat de société,* n° 179.

Cette conception s'explique car Pothier considère que les sociétés entre particuliers n'ont pas la personnalité morale. Le patrimoine social est à cette époque une simple indivision et lorsque le partage intervient, il a un effet rétroactif, qui remonte au jour de la constitution de la société. Cette idée s'applique aujourd'hui encore, en droit positif, en matière d'indivision. Seule l'admission de la théorie de la personnalité morale la fait écarter en ce qui concerne la société.

La conception de Pothier en matière de société a directement ou indirectement influencé le législateur de l'an VII, lorsqu'il a fixé les modalités de la perception des droits d'enregistrement. La loi du 22 frimaire an VII soumit un certain nombre d'actes juridiques à un droit proportionnel tandis que pour les autres il n'était prévu qu'un droit fixe fort modique, puisqu'il ne dépassait pas alors trois francs dans la plupart des cas. Le principe de la distinction entre les actes juridiques soumis au droit proportionnel et ceux soumis au droit fixe est exposé longuement par M. Duchâtel dans le rapport qui a précédé l'adoption de la loi de frimaire an VII et qui a été présenté au Conseil des Cinq-Cents le 6 fructidor an VII (3) : les actes qui sont simplement attributifs ou déclaratifs de propriété et non translatifs ne peuvent donner lieu à la perception du droit proportionnel.

Etant donné l'analyse que Pothier avait proposé en matière de contrat de société, étant donné aussi le fait qu'à l'époque on continuait à ne pas considérer les sociétés comme des sujets de droit susceptibles de se voir transmettre des biens, le législateur de l'an VII devait tout naturellement être amené à placer les apports en société parmi les actes juridiques qui ne seraient pas soumis au droit proportionnel. Et c'est ainsi que la loi du 22 frimaire an VII prévoit dans son article 68, § 3, n° 4, l'assujettissement à un simple droit fixe de trois francs des « actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes ». C'est ce texte qui constitue le point de départ d'une distinction fiscale très nette entre l'apport et la vente, distinction qui se caractérise par un régime de faveur au profit de l'apport en société.

Sans doute le droit fixe d'apport de frimaire an VII n'est-il plus qu'un lointain souvenir. Une loi du 28 février 1872 est venue le transformer en droit gradué et ce droit gradué est lui-même devenu en vertu d'une loi du 28 avril 1893 un droit proportionnel. Depuis cette date l'apport est donc comme la vente soumis à un droit proportionnel (dont le montant a du reste varié à de multiples reprises), mais le taux de ces deux

87. — (3) V. le texte de ce rapport au *Répertoire alphabétique Dalloz*, V° *Enregistrement*, n° 27, note 1.

droits proportionnels a toujours été très différent, faisant ressortir au profit de l'apport un régime de faveur (4) fermement maintenu (5).

88. — Mais si la loi de frimaire an VII et les lois ultérieures ont fixé avec netteté le régime fiscal de l'apport lors de la constitution de la société elles n'ont pas fixé de dispositions précises en ce qui concerne les impôts qui seront dus lorsqu'à la dissolution de la société les apports seront soit rendus à ceux qui les ont mis en société, soit attribués à d'autres associés. La loi prévoit seulement la perception du droit de partage. Mais la perception d'un tel droit a paru insuffisante à l'Administration de l'Enregistrement lorsque, par l'effet du partage, le bien mis en société est attribué à un autre associé que l'apporteur. Dans cette hypothèse, par suite de la combinaison des deux opérations successives d'apport et de partage, le bien passerait du patrimoine de l'apporteur dans le patrimoine d'une autre personne physique, sans que le droit de mutation ait été perçu. Pour éviter cette solution qui permettrait de nombreuses fraudes (les parties simulant un contrat de société, suivi de partage, à la place d'une vente, pour éviter le paiement du droit de mutation), l'Administration fiscale a repris à son profit la théorie de la mutation conditionnelle, que Pothier avait élaborée seulement pour justifier le fait, admis sous l'Ancien droit, que les hypothèques consenties pendant la durée de la société tombaient à la dissolution de celle-ci, si elles n'avaient pas été consenties par celui auquel le bien était finalement attribué.

Dans une décision du 8 décembre 1807, qui fut transmise aux agents de l'Enregistrement par l'instruction n° 360 du 22

87. — (4) Ainsi actuellement le taux du droit d'apport est de 1,40 % (C. gén. imp., art. 714). A ce droit s'ajoutent, en ce qui concerne les apport immobiliers, un droit de transcription de 2,80 % (C. gén. imp., art. 716) et une taxe hypothécaire de 0,70 % (C. gén. imp., art. 844). Ces taux sont très réduits par rapport à ceux du droit de mutation : 10,80 % pour les immeubles (taxes additionnelles en sus) et 10,40 % pour les meubles (C. gén. imp., art. 721 et 725).

(5) Toutefois, il importe de remarquer que l'accord s'est rapidement réalisé pour considérer que seuls les apports purs et simples, c'est-à-dire ceux en contre-partie desquels l'apporteur obtient une attribution de droits sociaux, peuvent bénéficier du droit proportionnel réduit. Les apports dits « à titre onéreux » en échange desquels est remis une valeur économique autre que des droits sociaux sont au contraire soumis au droit de mutation (v. en ce qui concerne « l'apport » rémunéré par des obligations, Cass. req., 8 mai 1934, D.H. 1934, 346; Cass. req., 7 janv. 1936, D.H. 1936, 116). La conception fiscale de l'apport pur et simple ne coïncide pas du reste avec la conception de l'apport telle qu'elle résulte des principes de droit commercial : ainsi la remise de biens en contre-partie de parts de fondateur et le versement de primes d'émission bien que ne constituant pas de véritables apports (v. *supra* n° 67 et n° 72) sont soumis par l'Administration au régime fiscal de l'apport.

décembre de la même année, le Ministre des Finances déclarait que le droit de mutation devait être perçu chaque fois qu'un associé recevait dans son lot des biens apportés par un autre associé.

Cette prétention de l'Administration pouvait être justifiée de deux manières qui ont eu chacune leurs défenseurs au cours du XIXe siècle. Il était en premier lieu possible de considérer l'apport comme une mutation conditionnelle pour laquelle le résultat du partage joue le rôle de condition. Cette conception voit dans le partage un acte purement déclaratif, dont l'effet remonte au jour de l'apport. C'est l'apport qui réalise la mutation, mais jusqu'à la date du partage, cette mutation n'est que conditionnelle puisque le bien apporté est susceptible de revenir à l'apporteur, si telle est l'issue des opérations de partage, et que dans ce cas il sera considéré qu'il n'y a jamais eu de mutation.

Mais à la place de cette première conception qui a fini par l'emporter, tant auprès de l'Administration fiscale que de la jurisprudence, il était possible de justifier la perception du droit de mutation en cas de partage attribuant l'apport à un autre associé que l'apporteur, en reconnaissant dans ce cas au partage un effet translatif. Selon cette théorie soutenue notamment par A. Wahl (1) l'apport en société n'est pas passible du droit de mutation « parce qu'aux yeux de la loi fiscale, l'acte de société ne modifie pas les droits respectifs des parties sur les immeubles apportés et que tout associé est considéré jusqu'au moment de la dissolution de la société comme étant resté propriétaire exclusif de son apport » (2). Dans cette conception, l'apport n'entraîne donc pas mutation au profit de la société (ou du moins si une telle mutation existe au regard du droit commercial, le droit fiscal l'ignore). La mutation s'opère juridiquement au moment où elle s'opère dans la réalité des faits, c'est-à-dire lors du partage. Quand l'apport d'un associé est attribué à un autre associé, la mutation qui sera soumise à l'impôt sera celle qui s'est produite par l'effet du partage au profit de l'associé attributaire.

89. — Ainsi la théorie de la mutation conditionnelle et celle du caractère translatif du partage aboutissaient toutes deux à reconnaître à la Régie le droit de percevoir le droit de mutation à la dissolution, chaque théorie conduisant d'ailleurs à des résultats différents sur des points secondaires notamment en ce qui concerne la date d'évaluation de la valeur du bien en vue de l'imposition. Et si très rapidement la Cour de cassation accueillit favorablement la prétention de la Régie de percevoir

88. — (1) Note au S. 1896. I. 417.
(2) WAHL, note précitée, p. 418, 3e colonne.

le droit de mutation en cas d'attribution du bien à un autre que l'apporteur, dans les premiers arrêts qu'elle a rendus en cette matière la Cour régulatrice ne semble pas avoir pris nettement parti entre les deux théories permettant de justifier la perception du droit de mutation (1), quoiqu'elle ait paru à cette époque se référer plutôt au caractère translatif présenté par l'acte de dissolution de la société dans le cas d'attribution d'un bien à un autre que l'apporteur (2).

Mais l'important arrêt des Chambres réunies du 6 juin 1842 (3) est le début d'une longue suite de décisions par lesquelles la Cour de cassation allait se rallier progressivement à la théorie de la mutation conditionnelle (4). Ce ralliement s'affirma de manière singulièrement précise par un arrêt de la Chambre civile du 27 juin 1882 (5) dans lequel on trouve cette formule très nette : « *Chaque associé est censé retenir conditionnellement la propriété de son apport jusqu'à l'événement du partage* ». Et l'on retrouve la même formule quelques années plus tard dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 janvier 1895 (6), puis dans un arrêt de la Chambre civile du 3 juillet 1899 (7).

89. — (1) Cass. civ., 12 août 1839, S. 1839. I. 673; *Dalloz Rép. alph.*, V° *Enregistrement*, n° 3587.

(2) Cass. civ., 29 janv. 1840, S. 1840. I. 539. Cet arrêt considère que « si les actes de dissolution ne sont sujets qu'au droit fixe, c'est lorsqu'ils ne contiennent aucune transmission de propriété; mais que si comme dans l'espèce il en résulte au profit de l'un des associés l'attribution d'une propriété qui ne lui appartenait pas auparavant, ils sont soumis... au droit proportionnel ». Cf. également Cass. civ., 13 juil. 1840. S. 1840. I. 156.

(3) Cass. réun., 6 juin 1842. S. 1842. I. 484, rapport Dupin. Cet arrêt contient deux attendus particulièrement intéressants : « Attendu que c'est par une faveur spéciale que la loi de l'Enregistrement, en cas de société comme en quelques autres cas exceptionnels, permet que là où un associé apporte, comme mise sociale, la propriété d'un immeuble, il ne soit perçu qu'un droit fixe. Attendu enfin que si à la suite de la dissolution de la société la propriété de cet immeuble est attribuée à un associé autre que l'ancien propriétaire, *la mutation définitive* arrivant et nul droit proportionnel n'ayant encore été perçu, on doit le payer à l'occasion de cette mutation... ». — Cette mutation définitive réalisée lors du partage semble impliquer que l'apport entraîne déjà une mutation mais provisoire ou conditionnelle.

(4) Entre 1842 et 1882, date à laquelle la Cour de cassation prit nettement parti en faveur de la théorie de la mutation conditionnelle, de nombreux arrêts de la Chambre civile statuèrent dans les mêmes termes que l'arrêt des Chambres réunies de 1842 ou dans des termes analogues. — V. Cass. civ., 24 avril 1847, D.P. 1847. I. 157; Cass. civ., 21 fév. 1853, D.P. 1853. I. 52; Cass. civ., 8 nov. 1864, D.P. 1864. I. 474; Cass. civ., 14 fév. 1866, D.P. 1866. I. 60; Cass. civ., 3 fév. 1868, D.P. 1868. I. 228; Cass. civ., 24 déc. 1879, D.P. 1880. I. 182.

(5) D.P. 1883. I. 170.

(6) D.P. 1895. I. 363.

(7) D.P. 1900. I. 9.

Mais les juridictions inférieures montraient une certaine résistance. C'est ainsi que l'arrêt de la Chambre civile du 3 juillet 1899 cassait un jugement du Tribunal civil de Lille du 6 mai 1897 (8) qui, tout en admettant à titre de principe général la théorie de la mutation conditionnelle, en écartait l'application dans l'espèce particulière qui lui était soumise, l'apport ayant eu pour objet une indivision d'immeubles héréditaires qui se retrouvaient en nature dans l'actif social après la dissolution de la société et qui furent attribués à un seul des cohéritiers. Le Tribunal civil de Lille pensa que l'Administration de l'Enregistrement n'était pas fondée à percevoir le droit de mutation sur la portion d'immeubles reçue par ce cohéritier en sus de sa part indivise. Le Tribunal de Cambrai (9), devant lequel l'instance fut renvoyée par la Cour de cassation, statua dans le même sens que le Tribunal de Lille et l'affaire vint devant les Chambres réunies.

Celles-ci, sur le rapport du Procureur général Baudouin, se prononcèrent par un arrêt du 22 décembre 1904 (10) dans le sens du maintien de la longue tradition jurisprudentielle favorable aux prétentions de l'Administration de l'Enregistrement. Cassant le jugement du Tribunal de Cambrai, les Chambres réunies donnaient à la théorie de la mutation conditionnelle l'appui de la plus haute autorité jurisprudentielle française. Elles relevaient en effet « la volonté qu'a eue chaque associé d'aliéner le bien par lui mis en société dans le cas où, pour une cause quelconque, il est attribué à un autre qu'à lui-même » et considéraient « qu'ainsi *la transmission de propriété procède nécessairement d'un titre antérieur au partage de la société* ». C'était par là même condamner la doctrine qui avait une certaine faveur à l'époque (11) et selon laquelle le partage (et le partage seul) opérait la mutation imposable.

90. — Après une prise de position aussi nette, maintenue depuis avec fermeté par la Cour de cassation (1), les controverses doctrinales au sujet de la conception fiscale de l'apport en

89. — (8) D.P. 1899. II. 260.

(9) Trib. civ. Cambrai, 21 nov. 1900, sous Cass. réun., 22 déc. 1904, D.P. 1905. I. 209.

(10) D.P. 1905. I. 209.

(11) WAHL, note S. 1896. I. 417; — v. *supra* n° 88.

90. — (1) Cass. civ., 17 janv. 1922, S. 1923. I. 39. Dans cet arrêt la Cour de cassation tire de la théorie de la mutation conditionnelle ses conséquences logiques et notamment le fait que le droit de mutation doit être perçu sur la valeur des apports à la date de la constitution de la société et au tarif en vigueur à cette époque, bien que ce droit soit perçu seulement lors de la liquidation. Par suite des changements incessants de tarif et de la dépréciation continuelle de la monnaie, cette solution fort préjudiciable à l'Administration est abandonnée aujourd'hui en vertu de l'art. 637 du Code général des impôts qui prévoit « qu'en ce qui concerne les mutations et con-

société ont forcément « un caractère académique » (2). Les auteurs ne ménagent cependant pas leurs critiques à la théorie de la « mutation conditionnelle ». Pour E. Pilon (3), cette théorie constitue un « anachronisme » juridique (4), car elle a « le tort de ne pas tenir compte de la personnalité juridique des sociétés », et cet auteur conclut que « la seule doctrine conforme aux faits consiste à dire que l'apport pur et simple emporte mutation immédiate assujettie à un droit particulier de mutation » (5). Mais il est ainsi conduit à écarter la perception de tout droit de mutation à la dissolution de la société (6), solution qui si elle peut être envisagée du point de vue législatif ne correspond pas à l'état du droit positif tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est à une solution analogue qu'aboutit M. Maguéro (7). Selon cet auteur, le législateur de frimaire an *VII* a exempté l'apport du droit de mutation pour des raisons particulières (mesure de faveur prise dans l'intérêt du développement des sociétés ou « caractère non translatif de l'apport dans le droit intermédiaire »). Or en droit fiscal exemption vaut imposition et dès lors à la liquidation de la société aucun droit de mutation ne devrait être perçu, puisque du fait de l'exemption il est censé avoir été perçu au moment de la constitution de la société. Mais, comme la théorie d'E. Pilon, celle de M. Maguéro qui aboutit à supprimer à la dissolution toute perception de droits, autres que les droits de partage ou de soulte, ne peut être considérée que comme une solution purement doctrinale dont

ventions affectées d'une condition suspensive, les tarifs applicables et les valeurs imposables sont déterminés en se plaçant à la date de la réalisation de la condition ». Ainsi lorsqu'un bien est attribué lors du partage à un associé autre que l'apporteur, le droit de mutation à titre onéreux est dû au tarif applicable à la date à laquelle est réalisée l'attribution et doit être calculée sur la valeur imposable à cette même date.

90. — (2) Allix et Lecerclé, *Les droits d'Enregistrement*, t. I, p. 392.

(3) E. Pilon, *Droits d'Enregistrement*, t. I, n° 583.

(4) Il y a du reste d'autres exemples d'anachronisme en matière de jurisprudence fiscale : ainsi un arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, en date du 2 février 1938 (D.H. 1938, 273) a considéré qu'une distribution de réserves aux gérants d'une société en commandite simple n'était pas soumise à l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers, « en raison du caractère propre des sociétés des personnes dans lesquelles *il y a confusion entre le patrimoine de la société et celui de chaque associé en nom* ». Une telle solution est manifestement en contradiction avec la reconnaissance de la personnalité juridique admise de longue date, en matière commerciale, même à l'égard des sociétés en nom collectif ou en commandite simple (v. *infra* n° 93).

(5) E. Pilon, *op. cit.*, n° 583.

(6) E. Pilon, *op. cit.*, n° 584.

(7) Maguéro, *Traité alphabétique de l'Enregistrement*, V° *Société*, n° 161.

l'application en droit positif ne saurait être envisagée actuellement.

Il ressort toutefois de cet examen des théories soutenues en droit fiscal (8) que les auteurs spécialistes des questions d'Enregistrement se prononcent pour la suppression de toute perception du droit de mutation lors de la liquidation de la société. Mais les auteurs qui soutiennent cette théorie n'envisagent pas l'objection majeure qui, même du simple point de vue législatif, peut leur être opposée : c'est le fait qu'en supprimant le droit de mutation lors de la dissolution, même quand le bien est attribué à un autre qu'à l'apporteur, ils permettent le passage d'un bien du patrimoine d'une personne physique dans celui d'une autre personne physique moyennant le simple paiement d'un droit d'apport et d'un droit de partage. Dès lors si l'on admettait cette solution on verrait se multiplier des sociétés purement fictives qui auraient pour seul but d'aboutir au même résultat qu'une vente mais présenteraient l'avantage d'éviter le paiement du droit de mutation. Et ces fraudes seraient particulièrement difficiles à déceler.

En soumettant au contraire au même droit proportionnel, la mutation d'un bien intervenue entre deux patrimoines particuliers, que ce bien ait été ou non l'objet entre temps d'une mise en société, l'Administration déjoue ces fraudes et il ne semble pas que ce motif ait été étranger à la fermeté de la position prise par la Cour de cassation.

91. — Mais était-il nécessaire, pour justifier la perception du droit de mutation à la dissolution de la société, de faire appel à la théorie de la mutation conditionnelle ? Ne pouvait-on pas, tout en aboutissant au même résultat, donner un autre fondement à cette perception, fondement qui serait en harmonie avec la théorie civiliste de la personnalité morale ?

Il est permis de penser qu'un tel fondement pouvait être trouvé. La théorie de la personnalité morale conduit en effet à considérer que l'apport en société donne lieu à deux mutations successives. En premier lieu lors de la constitution de la société, il y a mutation au profit de la personne morale de la propriété du bien apporté. Puis lors de la dissolution, il y a une seconde mutation au profit d'un associé. L'existence de cette seconde mutation a été niée et l'on a fait valoir qu'admettre cette existence c'était méconnaître l'effet déclaratif du partage (1). Une telle critique ne saurait être retenue. En effet si l'on nie le fait qu'une seconde mutation se produit lors de la dissolution, on est obligé d'admettre que l'effet du partage réalisé entre les associés remonte rétroactivement au jour de la

90. — (8) Cf. dans le même sens que MM. PILON et MAGUÉRO, ALLIX et LECERCLÉ, *Les droits d'Enregistrement*, t. I, p. 392.

91. — (1) J. ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature*, p. 77.

constitution de la société et, partant, que l'associé qui se voit attribuer l'apport est l'ayant cause de l'apporteur et non de la société, solution incompatible avec la conception française de la personnalité morale. Aussi en droit commercial doit-on considérer que le partage du patrimoine social ne rétroagit qu'à la date de la dissolution de la société (2). C'est admettre par là même que lors de cette dissolution, il y a mutation de la propriété du bien au profit de l'associé auquel ce bien sera attribué par l'effet du partage.

Si l'on étend au droit fiscal cette conception qui rend le compte le plus exact possible de la situation telle qu'elle se présente au point de vue du droit commercial, on s'aperçoit qu'elle est parfaitement compatible avec le résultat désiré par l'Administration de l'Enregistrement. Voici comment il est en effet possible d'analyser la situation : lors de la constitution de la société, l'apport entraîne mutation du bien au profit de la personne morale, mais le droit fiscal ne soumet cette mutation qu'à un droit proportionnel réduit. Si cette faveur a pu s'expliquer, à l'époque où le droit d'apport n'était qu'un droit fixe, en considérant que l'apport en société n'avait pas le caractère translatif, ce fondement apparaît particulièrement fragile du jour où le droit d'apport est devenu un droit proportionnel. Le taux modéré dont bénéficie la mise en société d'un bien, par rapport à la vente, ne trouve plus aujourd'hui sa justification que dans l'idée, mise en lumière par le Procureur général Baudouin (3), d'un encouragement du législateur à la constitution de sociétés.

Soumettre, lors de la constitution de la personne morale, les apports au paiement du droit de mutation au tarif normal, ce serait diminuer de manière importante les ressources de la société à une époque où elle en a un besoin impérieux. Ce serait donc entraver à l'origine le développement économique des sociétés. Or l'Etat a au contraire le plus grand intérêt à favoriser ce développement, car par la suite la société dont les

91. — (2) On ne saurait prétendre que le partage n'a aucun effet rétroactif en raison de la survie de la personnalité morale de la société jusqu'à la fin des opérations de liquidation. En effet, comme le remarque un arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, en date du 12 février 1890 (*Ann. dr. com.*, 1890, p. 117), « si par une fiction nécessaire, une société dissoute est toujours réputée existante jusqu'à son entière liquidation, cette règle ne s'applique que dans la mesure où elle est exigée pour conserver les droits des tiers et faciliter les opérations de la liquidation...; les associés n'en sont pas moins, dans leurs rapports entre eux, co-propriétaires des biens appartenant à la société dissoute quoique non encore liquidée ». — En faveur de la rétroactivité du partage de l'actif social au jour de la dissolution de la société, v. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 313-4°; Escarra, *Cours*, n° 665; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 680; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 425 *bis*; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 290-7.

(3) Rapport sous Cass. réun., 22 déc. 1904, D.P. 1905. I. 218, 1re col.

débuts auront été ainsi facilités sera une source d'impôts multiples et productifs. Ainsi en maintenant le droit d'apport à un taux réduit, l'Etat favorise la constitution de sociétés et facilite l'amortissement de leurs frais de premier établissement.

La seconde mutation, celle qui se produit à la dissolution de la société, se présente sous un jour tout différent : la perception d'un droit de mutation au taux normal se justifie ici, car aucune des raisons qui motivent la faveur fiscale dont bénéficie l'apport lors de la constitution ne se retrouve lors de la dissolution. Pourtant, on peut considérer qu'il est normal de ne percevoir le droit de mutation que si le bien est attribué à un associé autre que l'apporteur.

En effet lorsque l'apporteur reprend le bien qu'il a mis en société, la perception d'un droit de mutation, logique en soi au strict point de vue des principes, apparaîtrait particulièrement inique, puisqu'en cette hypothèse la combinaison des deux mutations successives aboutit à faire rentrer dans le patrimoine d'une personne un bien qui en était temporairement sorti pour être mis en société. Il est juste de tenir compte au point de vue fiscal de cette situation en exonérant du droit de mutation l'apporteur qui reprend son bien. Il s'agit d'une mesure d'équité fiscale et il semble qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel à la théorie désuète de la mutation conditionnelle pour la justifier.

La meilleure ligne de conduite pour le législateur et l'Administration est en effet d'appliquer en matière fiscale la théorie de la personnalité morale des sociétés, mais en écartant dans certaines hypothèses les conséquences choquantes auxquelles pourrait sur des points particuliers conduire une application rigoureuse de cette théorie : doubles impositions, perceptions de droits de mutation en cascade...

92. — Cependant les critiques que l'on peut ainsi faire valoir à l'encontre de la théorie de la mutation conditionnelle et la modification éventuelle du fondement juridique de la perception des droits fiscaux en matière d'apport, que l'on peut envisager du point de vue doctrinal, ne doivent pas faire perdre de vue que la théorie de la mutation conditionnelle représente l'état actuel du droit positif en ce qui concerne le régime fiscal de l'apport. La question qui se pose alors est celle de savoir si cette théorie doit être strictement maintenue dans le domaine fiscal ou si l'on relève de la part de la jurisprudence une certaine tendance à l'appliquer même en droit commercial.

Il ne semble pas qu'une tendance de ce genre se manifeste de manière notable soit en doctrine, soit en jurisprudence. Il est en effet permis de considérer que, si la théorie de la mutation conditionnelle a trouvé son origine dans la doctrine civiliste et notamment dans les œuvres de Pothier, elle est au contraire

en complet désaccord aujourd'hui avec les principes de droit privé et notamment avec la théorie de la personnalité morale des sociétés.

Tant que l'on a considéré la société comme un contrat ordinaire créant une sorte d'indivision entre les associés, la théorie de la mutation conditionnelle a pu, même en droit privé, rendre compte assez exactement de l'acte juridique d'apport. C'est ainsi que Pothier pouvait utiliser la théorie de la mutation conditionnelle pour faire tomber les hypothèques consenties sur un bien pendant la durée de la société par un associé autre que celui auquel le bien était attribué lors du partage du fonds social (1). Au contraire on considère aujourd'hui que des droits réels peuvent être valablement consentis sur les apports par les organes de la société, au cours de l'existence de celle-ci : ces droits réels seront opposables à l'associé qui recevra le bien lors de la liquidation (2). Cette solution qui se déduit aisément du principe de la personnalité morale montre que l'admission de ce principe est incompatible avec l'adoption en droit commercial de la théorie de la mutation conditionnelle.

La jurisprudence n'a nullement méconnu cette idée. En insistant sur le fait que l'application de la théorie de la mutation conditionnelle en droit fiscal constitue « une disposition favorable édictée dans l'intérêt de la formation des sociétés » (3), elle admet qu'il s'agit d'une théorie qui ne correspond pas à la réalité des choses mais constitue une simple fiction utilisée par le droit fiscal pour éviter une imposition trop lourde, lors de la constitution des sociétés (4). Or les fictions sont de droit étroit : on ne saurait les étendre en dehors du domaine strict où elles ont leur utilité. La théorie de la mutation conditionnelle dans la mesure où elle est conservée par la jurisprudence se présente comme une théorie de pur droit fiscal. En aucune manière son extension au droit commercial ne saurait être envisagée (5).

92. — (1) V. *supra* n° 87.

(2) Et même, quoique le partage du patrimoine social rétroagisse en règle générale au jour de la dissolution de la société (v. *supra* n° 91), les droits réels régulièrement conférés par le liquidateur pendant la durée de la liquidation continueront à produire effet (Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 290-7°).

(3) Cass. réun., 22 déc. 1904, D.P. 1905. I. 209.

(4) C'est bien l'idée de *fiction* d'ordre fiscal qui se dégage de l'arrêt de la Chambre civile du 27 juin 1882 (D.P. 1883. I. 170) consacrant la théorie de la mutation conditionnelle en ces termes : « Chaque associé est *censé* retenir conditionnellement la propriété de son apport jusqu'à l'événement du partage. »

(5) V. cependant P. Bayart, *Les apports en société et le privilège du Trésor en matière de contribution extraordinaire* (J. Soc. 1923, p. 49 et s.). Cet auteur considère que l'apport constitue une simple mise en commun, un simple passage du patrimoine individuel de l'apporteur à un patrimoine social dont les associés seraient co-

Le droit commercial, qui s'est orienté vers une large attribution de la personnalité juridique aux sociétés, ne peut connaître en matière d'apport qu'une théorie qui tienne compte de cette attribution et seule une conception faisant de l'apport en propriété un acte translatif de droits apparaît conforme au droit positif.

§ 2. — LA THÉORIE DE L'APPORT, ALIÉNATION A TITRE ONÉREUX

93. — En droit français les contrats de société, sauf le contrat de société en participation, donnent naissance à des personnes morales (1), c'est-à-dire à des groupements qui se voient reconnaître par le législateur et la jurisprudence la personnalité juridique et qui constituent ainsi des sujets de droits, distincts de la personne des associés.

L'existence de la personnalité juridique des sociétés commerciales n'a jamais été sérieusement contestée depuis le début du XX^e^ siècle : elle paraît en effet résulter de la volonté du législateur, telle qu'elle est exprimée notamment dans l'article 529 du Code civil, considérant comme meubles « les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie », même si le patrimoine de ces sociétés est composé en grande partie d'immeubles. Plus discuté, le problème de savoir si les sociétés civiles constituent des personnes morales a été résolu par la jurisprudence dans le sens de l'attribution de la personnalité juridique à ces sociétés (2).

propriétaires indivis. L'apport est, pour M. Bayart, « une cession de quotes-parts indivises par laquelle je cède à mes co-associés des parcelles de mon droit en échange d'autres parcelles de droits sur leurs apports respectifs » (*op. cit.*, p. 56), et M. Bayart conclut en déclarant au sujet de l'apport : « tout ce qu'on peut et qu'on doit dire, c'est qu'il comporte une mutation en germe, ébauchée par la fusion des droits indivis et qui se réalise ou avorte suivant l'événement du partage. L'apport est un *fieri* ». — Mais pour parvenir à cette solution M. Bayart est obligé de rejeter la notion de personnalité morale : pour lui la société ne saurait être considérée comme une personne, elle est seulement un contrat. Dès lors on peut considérer que cette conception se place entièrement en dehors du droit commercial positif et qu'elle ne rend en aucune manière compte de la nature juridique de l'apport en droit français actuel, tout au moins en ce qui concerne les sociétés personnes morales.

93. — (1) Sur la personnalité morale des sociétés, v. LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, n° 105; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, n° 161 et s.; HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 56 et s.; ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 38; HAMEL et LAGARDE, *Dr. com.*, t. I, n° 414 et s.

(2) Le premier arrêt de la Cour de cassation ayant admis cette solution est une décision de la Chambre des requêtes du 23 février 1891 (D.P. 1891. I. 337; S. 1892. I. 73, note MEYNIAL), suivie peu de temps après par une décision statuant dans le même sens (Cass. req., 2 mars 1892, D.P. 1893. I. 169). Cette jurisprudence a été constamment maintenue depuis lors.

Or la personnalité morale, en faisant de la société un sujet de droits, lui confère l'aptitude d'acquérir des biens et de contracter des obligations (3). Elle permet à la société d'avoir un patrimoine dont elle sera titulaire de la même manière que les personnes physiques. Le fonds social est ainsi la propriété de la société personne morale (4). On ne saurait soutenir en droit positif français que ce fonds est une simple indivision entre les associés qui seraient ainsi dans la situation de co-propriétaires. L'idée de personnalité morale s'oppose à cette solution. En matière d'indivision ce sont les co-propriétaires qui sont les sujets de droits. Or comme la société personne morale est elle-même sujet de droits, c'est elle qui sera propriétaire des biens composant son patrimoine (5).

La société devient propriétaire des biens qu'elle acquiert en utilisant la capacité qui lui est reconnue d'accomplir des actes juridiques. Mais il faut également admettre que lors de sa constitution, elle devient propriétaire des apports qui sont effectués par les associés, sauf en ce qui concerne les biens apportés en jouissance seulement. Cela conduit à reconnaître à l'apport en propriété la qualité d'acte translatif de droits. En effet pour que la société devienne propriétaire d'un bien qui jusque là appartenait à l'associé, il faut que le bien passe du patrimoine de l'associé dans le patrimoine social et partant que l'apport opère mutation. Cette mutation apparaît non pas comme une mutation conditionnelle mais comme une mutation qui n'est affectée d'aucune modalité et se réalise immédiatement lors de la constitution de la société.

94. — Le caractère translatif de l'apport en propriété, lorsque la société bénéficiaire possède la personnalité morale, est aujourd'hui reconnu par la grande majorité des auteurs (1). Et la jurisprudence est dans le même sens. Dans divers arrêts, admettant en matière fiscale la fiction de la mutation conditionnelle, se trouvent en effet des attendus qui opposant le droit privé au droit fiscal insistent sur l'idée que dans la réalité des

93. — (3) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 46; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 197.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 107; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 153; Ripert, *Dr. com.*, n° 601.

(5) Cass. req., 23 févr. 1891 précité : « Attendu... que les sociétés civiles constituent tant qu'elles durent une personne morale, laquelle est *propriétaire du fonds social*; que par suite l'arrêt attaqué en déclarant sans valeur et inopérante l'hypothèque consentie le 9 juin 1884 par Rigal... *sur des immeubles qui n'étaient pas la propriété par indivis des trois associés mais la propriété exclusive de la société...* n'a violé aucun des textes ou des principes invoqués. »

94. — (1) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 16; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 88 et n° 90; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 25 et n° 35; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 111; Ripert, *Dr. com.*, n° 601.

faits l'apport en propriété entraîne au profit de la société mutation du bien apporté. Ainsi un arrêt de la Chambre civile du 3 février 1868 (2), envisageant la constitution d'une société, considère « que, à la vérité *la transmission de propriété* s'opère alors de l'associé qui a fait apport de l'immeuble à la personne morale de la société ». Et l'on trouve dans un arrêt ultérieur de la Chambre civile (3) une formule aussi nette : « Attendu que les déclarations d'apport, *bien qu'elles aient toujours pour effet de transmettre à la société la propriété des objets apportés*, ne sont passibles d'un droit proportionnel que si elles sont accompagnées de stipulations qui leur enlèvent le caractère de simple mise sociale... ».

Ainsi malgré la position qu'elle a adopté en droit fiscal, la Cour de cassation ne méconnaît nullement la véritable nature de l'apport en propriété : celle d'un acte translatif (4) opérant mutation au profit de la personne morale (5).

95. — En rapprochant le caractère translatif de l'apport en propriété de son caractère onéreux, il est permis de dire que parmi les divers actes opérant mutation de propriété que connaît le droit français, l'apport prend place dans la catégorie des *aliénations à titre onéreux* (1). Et il figure dans cette catégorie à côté de la vente et de l'échange.

L'on a songé parfois à aller plus loin et à ramener l'apport en société à la vente. Un vieil adage, parfois invoqué encore aujourd'hui par les plaideurs devant les tribunaux (2), déclare : « Apport en société vaut vente ». Présentée de manière aussi absolue, une telle règle est tout à fait inexacte. Il y a en effet entre la vente et l'apport une différence fondamentale tenant à la prestation qui constitue la contre-partie du transfert de la

94. — (2) D.P. 1868. I. 228.

(3) Cass. civ., 29 mai 1883, S. 1884. I. 441.

(4) Cf. également Cass. req., 25 avril 1893, D.P. 1893. I. 320 : « L'apport d'immeubles fait à une société anonyme et rémunéré par l'attribution d'un certain nombre d'actions de cette société est *un acte translatif de propriété* soumis, par l'article 1er de la loi du 23 mars 1855, à la transcription. »

(5) Mais si le droit français reconnaît ainsi à l'apport en société la possibilité d'opérer un transfert de propriété, il arrivera, lorsque les législations de certains pays adoptent sur ce point une position différente, que des conflits de lois naissent, notamment en cas d'apport à une société de l'un de ces pays d'un immeuble situé en France. Cette question a été l'objet d'un examen très approfondi de M. Loussouarn, dans son ouvrage, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes 1947, nos 162 et 163. Les conclusions de cet auteur sont que « la loi de la société est compétente pour décider si l'apport est ou n'est pas translatif de propriété », mais qu'une fois établie l'existence d'un transfert de propriété, la *lex rei sitæ* est compétente pour fixer les conditions de ce transfert.

95. — (1) Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 393.

(2) Cf. Paris, 27 juin 1949, D. 1949, J. 537.

propriété du bien. Dans la vente, le vendeur reçoit un versement en espèces ; dans l'apport, il y a attribution de droits sociaux : il n'y a pas de prix.

Même lorsque l'apport est évalué en argent, ce qui est presque toujours le cas et ce qui est exigé dans plusieurs types de sociétés, la valeur qui est ainsi reconnue à l'apport joue un simple rôle de référence. C'est en fonction de cette valeur que les droits sociaux seront attribués à l'apporteur, mais cette valeur ne sera pas elle-même versée à l'apporteur sous forme d'un prix en espèces, car autrement la qualification juridique de l'opération devrait être modifiée : le prétendu apport serait une vente véritable.

Il importe donc de se refuser à toute assimilation de l'apport en propriété et de la vente. Mais il est certain que, ces deux opérations étant par ailleurs l'une et l'autre des aliénations à titre onéreux, des similitudes de régime juridique vont résulter de cette qualité commune. Et du fait que de tout temps la vente a été considérée par le législateur et la jurisprudence comme l'aliénation à titre onéreux par excellence, qu'elle est celle dont le régime juridique a été le plus étudié et a donné lieu au plus grand nombre de décisions judiciaires, certaines dispositions édictées en matière de vente doivent être étendues à l'apport. L'idée directrice en ce domaine paraît être que, lorsqu'une règle est établie en matière de vente en considération du fait que cette opération constitue une aliénation à titre onéreux, cette règle doit recevoir application en matière d'apport. Au contraire lorsqu'il s'agit d'une règle dont l'existence en matière de vente ne se justifie que par la présence d'un prix dans ce contrat, son application est exclue en matière d'apport (3). Et il en est de même des dispositions concernant la vente qui sont considérées comme devant être interprétées restrictivement parce qu'elles constituent des dérogations au droit commun (4)

95. — (3) Parmi les règles applicables à la vente et qui sont traditionnellement considérées comme devant être étendues à l'apport (moyennant parfois une adaptation nécessaire), on peut citer : *la publicité des mutations* (v. *infra* n° 191 et s.), *les clauses interdisant la cession* (v. *infra* n° 203 et s.), *la théorie des risques* (v. *infra* n° 243), *la garantie d'éviction et la garantie des vices* (v. *infra* n° 260 et s.). Ces règles se rattachent en effet à l'idée de transfert de propriété, comme les développements qui leur sont consacrés dans le présent ouvrage entreprennent de le démontrer. Par contre, *certaines formalités prévues pour l'aliénation de biens de mineurs* (v. *infra* n° 144) ainsi que *la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes* (v. *infra* n° 169) et *l'application du droit de préemption* (v. *infra* n° 208) apparaissent propres à la vente car ces règles supposent l'existence d'un prix.

(4) Il en est ainsi notamment des privilèges qui sont des dérogations à la loi du concours entre les créanciers. Sur le refus par la jurisprudence et la doctrine d'appliquer à l'apporteur *le privilège du vendeur*, v. *infra* n° 268.

*
* *

96. — Ainsi une série de différences entre la vente et l'apport vont résulter du remplacement du prix en matière d'apport par l'attribution de droits sociaux. Mais du point de vue de l'étude de la nature juridique de l'apport, le problème le plus intéressant qui se pose est celui de savoir si ce remplacement influe ou n'influe pas sur la *nature* du transfert de propriété effectué au profit de la société. En d'autres termes *l'apport en société réalise-t-il un transfert de propriété aussi complet et aussi définitif que la vente* ?

Si l'on compare en effet l'échange et la vente, on remarque un phénomène qui ressemble à celui qui apparaît lors de la comparaison de l'apport et de la vente. Le prix qui est l'un des éléments essentiels de la vente est remplacé en matière d'échange par la remise d'un bien autre que de l'argent. Et la substitution de ce paiement en nature au paiement en espèces entraîne certaines différences de régime juridique entre l'échange et la vente, différences analogues à celles que l'on relève entre l'apport et la vente. Comme l'apport, l'échange est une aliénation à titre onéreux pour laquelle le versement d'aucun prix n'a été prévu. Mais il est certain qu'en matière d'échange, le fait qu'il y ait remplacement du prix par une autre prestation n'influe en rien sur la nature du transfert de propriété réalisé. Le coéchangiste perd tout droit sur le bien dont il était précédemment propriétaire ; il renonce à toute prérogative sur ce bien ; il accomplit une aliénation complète et définitive, exactement comme un vendeur.

En est-il de même en matière d'apport en société ? Il importe de remarquer que l'apporteur qui reçoit des droits d'associé ne devient pas complètement étranger au bien mis en société. Au contraire par l'intermédiaire des droits sociaux, qui lui sont reconnus, il garde un certain pouvoir de contrôle et d'action sur l'utilisation du bien par la société. Pour tenir compte de cet état de choses, certains auteurs ont proposé de considérer que l'apport entraîne transfert de propriété au profit de la société, seulement à l'égard des tiers, mais non dans les rapports entre associés. Entre cette conception qui méconnait la véritable nature de la personnalité morale et la conception diamétralement opposée qui considère que l'apport opère un transfert de propriété analogue à celui réalisé par la vente, il y a sans doute place pour une solution plus nuancée tenant compte du fait que l'associé entre dans la personne morale qui va devenir propriétaire de l'apport et que par conséquent l'aliénation ainsi réalisée présente un caractère particulier.

97. — La théorie limitant les effets de la personnalité morale aux rapports avec les tiers se trouve exposée, du reste

très succintement, dans une note du Doyen H. Rousseau, publiée sous un jugement du Tribunal correctionnel de Montbrison (1). Ce Tribunal avait eu à décider si un membre d'une société de chasse se rend coupable du délit de chasse sur le terrain d'autrui, lorsqu'il se livre à ce sport sur un terrain que la société a constitué en réserve de chasse. La question discutée de la nature juridique des sociétés de chasse ne fut pas soulevée en l'espèce. Le seul problème envisagé par le Tribunal était celui de savoir si, comme le soutenait la partie civile, la personnalité morale de la société de chasse faisait disparaître tout droit individuel des membres, au point qu'en chassant sur un terrain de la société, au mépris du règlement intérieur, l'associé serait considéré comme chassant sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire.

Le Tribunal rejeta la thèse défendue par la partie civile, « attendu que cette thèse donne à la fiction de personnalité « morale une portée qu'elle n'a pas et qu'elle conduirait à faire « considérer les sociétaires comme chassant toujours sur le terrain d'autrui ; que ce résultat paradoxal suffirait à en montrer « l'inexactitude ; *attendu que les droits appartenant à la prétendue personne morale ne sont autres que les droits appartenant collectivement à ses membres et réunis en une main commune en vue d'en assurer plus efficacement la protection;* « — qu'on ne saurait, sans méconnaître la réalité des choses et « l'intention des contractants, considérer ces derniers comme « s'en étant dépouillés au profit d'une entité abstraite, d'ailleurs « incapable de les exercer, et dont ils ne seraient plus que les « permissionnaires ; — que l'être collectif ne peut-être séparé « d'une manière absolue des individualités qui le composent, « en sorte qu'il serait seul titulaire des droits dont ces derniers « n'useraient en fait qu'en vertu de son consentement ».

La portée de ce jugement ne doit pas être exagérée. D'abord il émane d'une juridiction répressive et cela retire de leur force aux principes civilistes qu'il dégage. Ensuite le jugement, ne prenant par parti sur le point de savoir si la société de chasse est une société ou une association, laisse planer un doute sur la conception à laquelle il s'est rallié en ce qui concerne la nature juridique de ce groupement. En effet si le jugement emploie sans cesse le mot « société », il qualifie par ailleurs les membres du groupement de « sociétaires », ce qui prouve qu'il a une certaine tendance à le considérer comme une association. De toute manière ce jugement semble dicté par des considérations de fait, tenant au caractère particulier des sociétés de chasse.

Mais dans la note publiée sous ce jugement, H. Rousseau lui donne au contraire une portée générale et développe une conception extrêmement restrictive de la personnalité morale. Cet

97. — (1) Trib. correct. Montbrison, 28 mars 1934, S. 1934. II. 152.

auteur considère en effet « qu'il ne faut pas donner à la personne « morale un rôle qui n'est pas le sien : *elle existe dans les « rapport du groupement ou des associés avec les tiers et « seulement dans ces rapports.* Dans les rapports internes des « membres du groupement, il ne saurait être question de la « personnalité morale de ce groupement ; ce sont des rapports « individuels entre associés sous l'égide des statuts et de la « loi ». Et H. Rousseau en déduit que « toutes les fois qu'il « s'agit seulement de l'exercice des droits ou des obligations « des associés pris comme tels..., la personnalité morale dispa- « raît parce qu'elle est inutile. *Par suite le patrimoine social, « s'il est propriété de la société au regard des tiers, est, dans « les rapports des associés entre eux, la propriété collective des « associés* ».

Une solution analogue est proposée par le juriste espagnol Roca (2). Selon cet auteur, c'est seulement vis à vis des tiers, autrement dit lorsqu'on envisage l'activité externe de la société que la personne morale serait titulaire du droit de propriété sur le bien apporté. Au contraire au regard des associés, il y aurait simplement un patrimoine d'affectation qui serait l'objet d'une propriété collective analogue à la *Gesamte Hand* du droit allemand.

Une telle solution ne paraît pas correspondre à la réalité du droit positif français. Elle est en effet en contradiction avec l'article 529 du Code civil aux termes duquel : « Sont meubles par détermination de la loi..., les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises *appartiennent* aux compagnies ». Ce texte qui est un de ceux sur lesquels il est possible de se fonder pour reconnaître aux sociétés la personnalité morale (3) exclut toute idée d'indivision et de co-propriété du fonds social entre les associés.

Toutes les fois que la société constitue une personne morale, le patrimoine social lui appartient et il n'y a pas lieu de distinguer sur ce point entre l'activité externe de la société et les relations internes des associés entre eux. La Cour de cassation n'a jamais fait cette distinction (4). Et il semble hors de doute que les attendus dans lesquels cette haute juridiction déclare que la société personne morale est propriétaire du fonds social et que

97. — (2) Roca, *Curso de conferentias,* La nature juridique de l'apport en société (édition du Collège notarial de Valence, 1945), p. 316. — L'opinion de M. Roca est citée et approuvée par O. Leroux, *Les sociétés et le statut des baux ruraux,* thèse dactylographiée Rennes 1952, n° 16 et n° 25.

(3) Escarra et Rault, *Soc. com.,* t. I, n° 38; Houpin et Bosvieux *Soc.,* t. I, n° 57.

(4) Du moins tant que la société n'est pas dissoute. Pour la société dissoute et non encore liquidée, v. *supra* n° 91, note 2.

les biens composant ce patrimoine ne font pas l'objet d'une co-propriété par indivis de la part des associés (5) ont une portée générale.

Lorsque la société possède la personnalité morale, on ne saurait donc arbitrairement réduire les effets de la transmission de propriété, opérée par l'apport, aux relations du groupement avec les tiers, pour considérer qu'entre les associés l'apport équivaut à une simple mise en indivision. Et d'ailleurs l'existence de co-propriétés en main commune est exclue par le droit français qui ne connaît pas de solution intermédiaire entre la personnalité morale, dans laquelle le groupement est propriétaire du fonds commun et l'indivision qui exclut toute idée d'affectation et ne permet pas aux créanciers de l'indivision d'éviter le concours avec les créanciers personnels des co-indivisaires.

98. — Mais si l'on ne peut, ainsi, faire de la personnalité morale une notion utilisable seulement dans les rapports de la société avec les tiers, faut-il déduire de cette notion ses plus extrêmes conséquences et considérer que l'apport constitue une aliénation aussi complète que celle réalisée lors d'une vente ou d'un échange ? Un grand nombre d'auteurs l'ont pensé. Ainsi pour MM. Pic et Kréher (1) lorsque l'apport est fait en pleine propriété, « l'associé... se dessaisit *entièrement et définitivement* de ses droits sur la chose apportée au profit de la société qui en devient propriétaire incommutable, *comme s'il y avait eu vente consentie par l'apporteur à la société* ». C'est dans le même sens que se prononcent MM. Escarra et Rault (2), utilisant eux aussi une formule extrêmement nette : « *Lorsque l'apport est fait en pleine propriété, l'associé apporteur est définitivement dépouillé de toute prérogative relativement au bien qui fait l'objet de l'apport* ». (3).

Cependant si la doctrine est particulièrement ferme sur cette question, la Cour de cassation a dans un certain nombre d'arrêts adopté une solution diamétralement opposée. L'importance de ces arrêts ne doit du reste pas être exagérée : ayant tous été rendus en matière *d'apports de brevets*, ils paraissent avoir été dictés par des considérations d'espèce et la doctrine les a violemment critiqués, mais leur examen permet de dégager certains principes destinés à tempérer le caractère trop absolu que la majorité des auteurs tend à reconnaître au transfert de propriété réalisé par l'apport.

97. — (5) Cass. req., 23 février 1891, D. P. 1891. I. 338.

98. — (1) *Soc. com.*, t. I, n° 25.

(2) *Soc. com.*, t. I, n° 111.

(3) Cf. également Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 234.

Dans son article 20, la loi du 5 juillet 1844 (4) édictait, en matière de cession de brevet, différentes règles de forme notamment la rédaction d'un acte notarié et un enregistrement de la cession à la Préfecture du Département. La question se posait de savoir si ces formalités étaient applicables à l'apport. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mars 1864 (5) se prononça pour la négative, « attendu que la mise en société de « la propriété d'un brevet d'invention ne saurait être assimilée « à la cession de ce brevet..., que, en effet, tous les objets qui « composent l'actif d'une société appartiennent indivisément à « tous les associés ; *qu'à ce point de vue, la mise en société « d'un brevet ne peut être considérée comme une cession qui « dessaisit d'une manière absolue le cédant, pour transporter « la propriété de la chose cédée au cessionnaire* ». Et il importe de remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une décision isolée, car ces attendus ont été reproduits intégralement par des décisions postérieures statuant sur la même question (6).

La doctrine (7) s'est élevée en termes vigoureux contre cette jurisprudence et il est certain qu'il y a une grande part de vérité dans les critiques que l'on adressa à ces arrêts. Tout d'abord la solution adoptée par la Cour de cassation, qui écartait l'application, en matière d'apport, des formalités de l'article 20 de la loi de 1844, apparaissait en contradiction avec les termes mêmes de cet article. En effet ledit article 20 déclarait les formalités qu'il prévoyait applicables à « la cession totale ou partielle d'un brevet soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ». Or comme le remarquait Ch. Lyon-Caen (8), en matière de choses incorporelles cession est synonyme d'acte translatif. Puisque la loi parlait de cession à titre onéreux ou à titre gratuit, de cession partielle ou totale, il était évident qu'elle n'avait pas entendu par cession uniquement la vente du brevet. L'article 20 précité comportait ainsi des termes extrêmement géné-

98. — (4) Les articles 20 et 21 de la loi du 5 juillet 1844 ont été modifiés par le *décret n° 53-972 du 30 septembre 1953* et il est permis de penser que le texte nouveau, qui a notamment supprimé l'exigence d'un acte authentique, ne soulèvera pas les mêmes difficultés d'application que l'ancien.

Mais si la jurisprudence qui s'était instituée sur l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 ne présente plus guère *en matière de brevets* qu'un caractère rétrospectif, elle conserve son intérêt dans la mesure où elle s'est attachée à préciser la *nature juridique de l'apport en société.*

(5) S. 1864. I. 374.

(6) Cass. req., 19 juin 1882, S. 1883. I. 17, rapport Delise, note Ch. Lyon-Caen; Cass. crim., 11 mars 1911, J. Soc. 1912, 58.

(7) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 35; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 121; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 122; G. Cantenot, *L'apport en société d'un brevet d'invention*, J. Soc. 1952, p. 257 et s.

(8) Note sous Cass .req. 19 juin 1882, précité.

raux et la Cour de cassation, même si elle se refusait à voir dans l'apport une cession totale, aurait dû au moins le considérer comme une cession partielle, soumise également aux formalités de la loi de 1844.

Mais c'est surtout dans certains motifs invoqués par la Cour de cassation à l'appui de sa solution que les arrêts précités apparaissent critiquables. Notamment lorsqu'elle déclare dans ces arrêts que le patrimoine social appartient indivisément aux co-associés, la haute juridiction émet une affirmation qui est en complet désaccord avec les attendus que l'on trouve à de nombreuses reprises dans d'autres arrêts et qui indiquent soit que les associés ne sont pas co-propriétaires du patrimoine social (9), soit que l'apport entraîne transmission de propriété au profit de la société (10).

Cependant si l'on doit ainsi condamner à la fois la solution adoptée par la Cour de cassation en ce qui concerne les formalités applicables en matière d'apport de brevets et certains motifs utilisés pour appuyer cette solution, il est cependant permis de retenir de ces arrêts, l'idée, dégagée par la Cour régulatrice, selon laquelle la mise en société d'un bien ne dessaisit pas d'une manière absolue le cédant. Les arrêts précités des 24 mars 1864, 19 juin 1882, et 11 mars 1911 rendus en matière de brevet ont statué dans des hypothèses où l'apport avait été effectué au profit d'une société en nom collectif et cette circonstance n'a sans doute pas été étrangère au refus de la Cour de cassation de considérer l'apport commme une cession.

Sans doute cette circonstance ne retire pas leur portée aux critiques doctrinales qui ont été adressées à ces arrêts. La societé en nom collectif est une personne morale et les transferts de droits qui sont effectués à son profit au moyen d'apports doivent être soumis aux mêmes mesures de publicité que les cessions. Cette solution est admise en matière d'apports d'immeubles et de créances (11); il n'y a aucune raison pour ne pas l'adopter en matière d'apport de brevets. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'en émettant l'idée que l'apport en société n'entraîne pas dessaisissement absolu du cédant, la Cour de cassation a mis l'accent sur une vérité qu'avec le développement de la personnalité morale on tendait à oublier.

99. — En effet comme l'apporteur reçoit des droits sociaux en contre-partie du bien mis en société, à la différence du vendeur ou du co-échangiste, il ne perd pas tout pouvoir sur son bien. Puisque l'apporteur est un membre de la personne morale,

98. — (9) V. par ex. Cass. req., 23 févr. 1891, D.P. 1891. I. 337.
(10) V. Cass. civ., 3 févr. 1868 et 29 mai 1883, cités *supra* n° 94.
(11) V. *infra* n° 191.

il possède par l'intermédiaire de cette dernière des droits sur le patrimoine social et partant des droits sur la chose qu'il a mise en société. Et il apparaît que le type de la société, au profit de laquelle est effectué l'apport, doit être pris en considération.

Lorsque l'apport est fait à une société de personnes, la psychologie de l'apporteur est éminemment différente de celle d'un apporteur qui met son bien à la disposition d'une grande société de capitaux. Ce dernier est libre de devenir le jour où il le désirera complètement étranger à la société au moyen d'une vente des actions qui lui ont été remises (1). On peut donc considérer qu'il envisage son apport comme une véritable aliénation. La société est libre de disposer comme elle l'entend du bien apporté. Et il est très vraisemblable que lors de la liquidation, même si le bien se retrouve en nature, il ne sera pas restitué à l'apporteur originaire mais vendu avec les autres éléments de l'actif social de manière à constituer une masse de numéraire qui sera répartie entre les actionnaires et les autres personnes ayant droit au boni de liquidation, selon les dispositions des statuts.

Toutefois même dans le cas d'une société de capitaux, on relève encore une manifestation de l'idée, développée par M. Hamel (2) et selon laquelle en toute hypothèse l'apport présente comme trait caractéristique : la *précarité*. Cet auteur entend par là que « l'apport est provisoire, c'est à dire qu'il est fait avec la pensée qu'un jour viendra où l'actif social étant partagé, l'associé reprendra son bien ».

Sans doute lorsque l'apport est effectué en propriété au profit d'une personne morale, cette reprise en nature apparaît fort aléatoire. D'une part si les opérations de la société se traduisent en fin de compte par une perte, une partie ou même le cas échéant la totalité de la valeur des apports sera utilisée pour le paiement des créanciers. Et d'autre part, même quand la société aura fait des bénéfices, la reprise en nature des apports par les apporteurs n'interviendra souvent pas soit parce que ces apports auront été au cours de la vie sociale aliénés par la société, soit parce qu'on les vendra lors de la dissolution pour faciliter les opérations de partage, soit parce que, dans l'hypothèse d'un partage en nature des biens composant l'actif social, les résultats des opérations de partage pourront avoir comme effet d'attribuer certains des biens apportés à d'autres qu'à ceux qui les ont mis en société. Mais lorsque l'apporteur ne reprendra pas ses biens en nature, dû moins doit-on lui reconnaître le

99. — (1) Il doit toutefois respecter la règle selon laquelle les actions d'apport ne peuvent être négociées pendant les deux ans suivant l'opération d'apport.

(2) *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. critique, 1930, p. 185.

droit de reprendre leur valeur préalablement à tout partage du boni de liquidation (3).

100. — L'existence de cette reprise en valeur permet de préciser un trait caractéristique de l'aliénation de nature particulière que constitue l'apport : le fait que l'aliénateur aura ici le droit de reprendre un jour la valeur de son bien s'il ne peut alors le reprendre en nature, et cela à la seule condition que les créanciers sociaux aient été préalablement désintéressés.

Mais si la reprise en valeur correspond généralement à la psychologie de l'associé qui met son bien à la disposition d'une société de capitaux, il apparaît qu'elle ne correspond pas, le plus souvent, à celle de l'associé d'une société de personnes. Lorsqu'un commerçant ou un industriel apporte à une telle société son fonds de commerce ou son usine, il est certain qu'il envisage cet apport, non comme une aliénation, mais comme un simple changement dans le mode d'exploitation du bien ; d'individuelle, l'exploitation du bien devient collective mais le commerçant apporteur ne considère pas qu'il a cessé d'être propriétaire.

Est-il possible malgré la théorie de la personnalité morale de tenir compte de cet état d'esprit des membres des sociétés de personnes? Il semble que ce soit à l'associé apporteur de prendre ses dispositions pour assurer à son profit le maintien d'un pouvoir de contrôle efficace sur le bien mis en société. Tout d'abord il a la possibilité de ne faire apport du bien que pour la jouissance seulement. Mais indépendamment de cette solution, qui est celle qui assure à l'apporteur le plus de garanties pour la conservation du bien, il semble que l'apport puisse être fait en propriété sans que l'apporteur se trouve pour autant dépouillé de toute prérogative.

S'il s'agit en effet d'un bien indispensable au fonctionnement de la société (immeuble, fonds de commerce, brevet...), son aliénation nécessitera le consentement de tous les associés dans les sociétés de personnes. L'apporteur sera donc amené à donner son accord lorsque l'on envisagera la vente du bien qu'il a mis en société. A défaut de cet accord, l'aliénation au profit d'un tiers n'aura pas lieu et le bien se retrouvera en nature à la dissolution. Et à ce moment toujours dans l'hypothèse d'une société de personnes, il semble que l'on doive reconnaître à l'apporteur le droit de reprendre en nature l'apport qu'il a effectué en propriété (1). Du moins peut-il pour plus de garantie faire insérer dans les statuts une disposition lui reconnaissant ce droit.

99. — (3) V. *infra* nos 270 et s.

100. — (1) V. *infra* n° 273.

Le caractère particulier de l'aliénation que réalise l'apport en propriété apparaît ainsi du fait que l'apporteur ne se dessaisit pas complètement du bien mis en société, à la différence de ce qui se passe dans l'hypothèse d'une vente. Si ce dessaisissement apparaît presque intégral lorsque la société bénéficiaire de l'apport est une société anonyme, l'apporteur se contentant alors d'un simple droit de reprise de la valeur du bien, il est beaucoup moins prononcé dans les sociétés en nom collectif pour lesquelles la reprise en nature du bien apparaît primordiale, la reprise en valeur n'intervenant que de manière subsidiaire, c'est à dire dans les cas où la reprise en nature est impossible.

Et entre le cas de la société en nom collectif et le cas de la société anonyme, il existe toute une gamme d'hypothèses intermédiaire où le dessaisissement de l'apporteur apparaîtra plus ou moins prononcé selon l'étendue des pouvoirs d'action et de contrôle qui seront attachés aux droits sociaux qui lui sont reconnus.

101. — Si le dessaisissemeint entraîné par l'apport n'est pas toujours le même, c'est que les différentes personnes morales qui constituent les diverses sociétés ne sont pas toutes identiques. La doctrine insiste sur l'idée que la personnalité morale des sociétés en nom collectif « n'est pas complètement dégagée de la personnalité de chacun des associés » (1). Et cette remarque pourrait s'étendre aux sociétés en commandite simple et même à un grand nombre de sociétés à responsabilité limitée. Il semble que l'existence d'un intérêt collectif distinct des intérêts personnels des associés n'apparaisse nettement que dans les sociétés de capitaux, qui constituent de véritables institutions : pour ces sociétés la personnalité morale correspond à une réalité. Au contraire pour les autres la personnalité morale n'est qu'une fiction légale, qu'un procédé technique commode conférant la personnalité juridique à un groupement dont l'individualisation par rapport à ses membres est imparfaite.

Si le législateur et la jurisprudence ont étendu ainsi largement la personnalité morale à des sociétés dont les intérêts se confondent pour une très grande part avec ceux des associés, c'est parce qu'ils ont vu dans cette reconnaissance de la personnalité morale un moyen de faciliter notablement les opérations

101. — (1) RIPERT, *Dr. com.*, n° 721; — cf. également R. SAVATIER, note D. 1951, J. 357; P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Etudes en l'honneur de G. RIPERT, t. I, p. 157 : « Dans un groupement fermé, tel que la société en nom collectif, où l'intérêt purement économique se confond en fait avec celui des associés, la personne morale cesse à peu près complètement d'être un centre d'intérêt collectif distinct des intérêts individuels de ses membres. »

sociales et d'assurer la sauvegarde des intérêts des tiers dans un droit positif qui ignore la notion de propriété en main commune et de patrimoine d'affectation sans titulaire.

Mais ce caractère de fiction légale de la reconnaissance de la personnalité juridique à des groupements imparfaitement individualisés ne doit pas être méconnu. Et les constatations qui viennent d'être faites peuvent être transposées en matière d'apport : si la mutation à titre onéreux réalisée par l'apport apparaît comme étant une *réalité* lorsqu'elle est effectuée au profit d'une société de capitaux, il semble au contraire que, lorsque l'apport est fait à une société de personnes, le caractère de mutation à titre onéreux qu'on doit lui reconnaître pusqu'il y a passage du patrimoine de l'associé dans le patrimoine de la société est une *fiction légale*.

La conséquence de cette idée est qu'il sera possible dans certaines hypothèses d'écarter la fiction légale pour faire « apparaître la personnalité des membres de la société de personnes derrière le rideau ténu que constitue la personnalité morale de la société » (2).

En agissant ainsi on fera abstraction du caractère de mutation à titre onéreux habituellement reconnu à l'apport. Parfois le caractère translatif de l'apport en propriété sera écarté pour faire apparaître l'idée que dans la réalité des faits l'apporteur est demeuré propriétaire de l'apport et que la société n'est qu'une pure façade (3). Mais il semble également que ce caractère translatif puisse être écarté dans l'intérêt de l'apporteur : ainsi il pourrait être considéré que, lorsqu'un bail ne peut être cédé, il peut néanmoins être apporté à une société de personnes, car dans cette hypothèse le locataire ne cesse pas d'occuper effectivement les locaux (4).

Il est cependant certain que ces hypothèses ne sauraient être multipliées sans retirer tout intérêt à la théorie de la personnalité morale. Lorsqu'il est effectué au profit d'une société jouissant de la personnalité juridique, l'apport emporte mutation à titre onéreux. Même si l'on peut considérer que cette mutation apparaît dans bien des cas comme constituant seulement une fiction légale, cette fiction doit recevoir application et n'être écartée que dans les hypothèses où la reconnaissance de certaines conséquences logiques de la personnalité morale aboutirait à des résultats particulièrement injustes.

Certes, il est permis de penser qu'il aurait sans doute mieux valu dès l'origine n'attribuer la personnalité morale qu'à des sociétés qui constituent vraiment des centres d'intérêts distincts des intérêts individuels des associés et organiser pour

101. — (2) R. Savatier, note précitée, D. 1951, J. 357.
(3) V. *infra* n° 202.
(4) V. *infra* n° 205.

les sociétés de personnes un régime différent, s'inspirant des diverses formes d'autonomie patrimoniale que connaissent les législations étrangères. Ainsi aurait-on évité que le droit français ne se heurte à certaines difficultés en ce qui concerne les apports faits aux seules sociétés dépourvues de la personnalité juridique qu'il connaisse : les sociétés en participation.

SECTION II

L'APPORT EN PROPRIÉTÉ DANS LES SOCIÉTÉS DÉPOURVUES DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

102. — Le droit français s'est trouvé placé, comme toutes les législations, devant le problème de la mise à la disposition des sociétés d'un certain patrimoine, affecté à la réalisation du but poursuivi par le groupement : il a résolu cette question dans le sens d'une large attribution de la personnalité juridique à toutes les sociétés sauf aux sociétés en participation. Et en raison de l'extension ainsi donnée à la personnalité morale dans le droit des sociétés, la législation française ne s'est pas préoccupée d'établir d'hypothèse d'autonomie patrimoniale en dehors de l'attribution de la personnalité juridique. Les sociétés en participation ne possèdent pas de patrimoine propre et pour voir une autonomie patrimoniale réalisée sans attribution de la personnalité morale il faut examiner les législations étrangères.

§ 1. — LE DROIT FRANÇAIS

103. — La Cour de cassation (1), puis le législateur (2), en refusant aux *sociétés en participation* la personnalité juridique, leur ont par là même interdit d'avoir un patrimoine distinct du patrimoine des participants. Et il est dès lors certain que l'apport, quand il est effectué au profit d'une société en participation, n'est pas un acte transférant la propriété du bien, objet de la convention, à la société. Comme il est cependant nécessaire, pour qu'il y ait société, qu'une certaine affectation des apports à la poursuite du but commun soit réalisée, il a fallu prévoir le moyen de parvenir à cette affectation.

La doctrine (3) et la pratique ont imaginé trois procédés qui

103. — (1) Cass. civ., 2 juin 1834, S. 1834. I. 603; Cass. req., 10 déc. 1895, S. 1899. I. 518.

(2) Art. 49, C. com., mod. L. 24 juin 1921.

(3) V. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 486; Ripert, *Dr. com.*, n° 790. — Rappr. Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 510.

sont tous les trois licites et peuvent valablement être utilisés par les parties contractantes (4) :

I. — *Les parties peuvent tout d'abord décider que chacun des associés garde la propriété de son apport.* Et il peut être prévu que cette conservation de la propriété de l'apport par l'associé existera pendant toute la durée de la société en participation. C'est ce qui se passe lorsque deux commerçants, chacun à la tête d'une entreprise, décident de mettre en commun les résultats de leurs affaires, de manière à limiter les risques. Chaque participant continue à gérer sa propre entreprise et en reste propriétaire, mais les résultats font l'objet de l'établissement d'un compte entre les deux participants.

Dans ce cas on ne saurait parler d'apport en propriété. L'opération se rapproche de ce qu'est l'apport en jouissance dans les sociétés possédant la personnalité morale. Il n'y a en effet aucun transfert de propriété, mais simple reconnaissance, au profit des co-associés du propriétaire du bien, d'une part dans les bénéfices (et dans les pertes) de l'entreprise considérée.

Par conséquent lorsqu'un participant a conservé à la fois la propriété et la libre disposition du bien dont il fait apport, ses co-participants ne possèdent aucun droit réel à l'égard dudit bien. Ils ont seulement la possibilité de demander à l'associé apporteur du bien de leur rendre compte des résultats obtenus par suite de l'exploitation de ce bien, de manière à faire apparaître le solde créditeur ou débiteur qui servira de base aux règlements entre associés (5).

Mais le maintien de la propriété des apports entre les mains des associés peut n'être prévu qu'à titre provisoire, chaque participant s'engageant à transférer la propriété de son apport au gérant lorsque celui-ci le demandera, en vue de poursuivre dans de bonnes conditions la gestion des affaires sociales. On rejoint alors le second procédé pouvant être prévu lors de la constitution d'une association en participation : le transfert au gérant de la propriété des apports.

II. — Dans la plupart des cas les participants ne sont pas sur pied d'égalité : l'un deux, le gérant, occupe une situation prééminente et dirige l'affaire (6). C'est avec lui que traitent les tiers, les autres associés se bornant à mettre certains capitaux ou certaines marchandises à sa disposition. Dans cette

103. — (4) Certaines difficultés apparaissent en matière de société en participation, lorsque les parties ont simplement prévu l'existence d'apports, sans indiquer le procédé par lequel ces apports devaient être mis à la disposition de la société. Il s'agit alors non plus d'un problème de *nature juridique*, mais d'un problème *d'effets* de l'apport, qui sera examiné *infra* nos 235 et s.

(5) V. Ripert, *Dr. com.*, no 790-1°; Req. 7 mai 1902, D.P. 1902. I. 286.

(6) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, nos 338 et 339.

hypothèse, il est souvent décidé que le *gérant deviendra propriétaire des apports mis à sa disposition*. L'apport réalise dans ce cas un transfert de propriété, mais ce transfert constitue une affectation des biens à l'objet social beaucoup moins poussée que dans l'hypothèse d'une société dotée de la personnalité juridique.

En effet en cas de transfert de la propriété des apports au gérant, l'affectation consiste dans l'obligation qui pèse sur celui-ci d'utiliser pour l'exploitation sociale les biens qui lui sont remis par ses co-associés (7). Cette obligation est du reste assortie non seulement de sanctions civiles mais encore éventuellement de sanctions pénales, les textes relatifs à l'abus de confiance pouvant s'appliquer en cas de détournement par le gérant des biens qui lui sont confiés (8).

III. — *Les parties peuvent enfin décider que les apports prévus deviendront la co-propriété des participants*. Dans ce cas, l'apport se présente comme une cession partielle : l'apporteur transfère à chacun de ses co-associés, la propriété d'une part indivise du bien objet de l'apport. L'importance de la part indivise acquise par chaque associé sur les biens de ses co-associés est fonction de son propre apport. L'affectation des apports à l'objet social se réalise dans ce cas par le fait que l'indivision ainsi constituée est mise à la disposition du gérant ou des associés chargés de l'exploitation.

Une telle affectation apparaît bien imparfaite puisqu'elle ne crée aucun droit de préférence au profit des créanciers ayant traité avec les associés pour des affaires concernant l'exploitation sociale. Cet état de choses ne se justifie que parce qu'il s'agit d'une société occulte et que partant tous les créanciers ont la qualité de créanciers personnels de l'associé avec lequel ils ont contracté.

103. — (7) Ripert, *Dr. com.*, n° 790-2°; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 486.

(8) Certes le contrat de société ne figure pas au nombre des conventions dont la violation peut, aux termes de l'article 408 du Code pénal, constituer un abus de confiance (Rousselet et Patin, *Précis de droit pénal spécial*, n° 669). Mais le mandat prend place parmi ces conventions et les juridictions répressives pour éviter que des gérants ou associés indélicats ne demeurent impunis admettent facilement l'existence d'un mandat entre associés. Ainsi un arrêt de la Cour de cassation, Chambre criminelle, en date du 2 août 1937 (S. 1941. I. 161, note A. Roux) statuant en matière de société en participation, a considéré que, dans l'espèce qui lui était soumise, « chaque participant, co-gérant, était mandataire de l'autre pour les affaires communes ». La condamnation intervenue pour abus de confiance se trouvait ainsi légalement justifiée. — V. dans le même sens : Cass. crim. 6 juil. 1849 (S. 1849. I. 668), 12 janv. 1866 (S. 1866. I. 82), 27 mai 1942 (J.C.P. 1943. II. 2259, note D. Bastian).

104. — Dans la société en participation, l'apport est ainsi susceptible de revêtir diverses formes que l'on ne retrouve pas dans les autres sociétés. S'il est quelquefois translatif de propriété, ce ne peut être au profit de la société, puisque celle-ci n'a pas de patrimoine propre ; ce ne peut donc être qu'au profit de l'associé gérant ou au profit des co-associés devenant dans ce cas propriétaires par indivis des apports. Mais bien que par là une certaine affectation des apports à l'exploitation sociale puisse être réalisée, elle ne se présente pas sous la forme d'une autonomie patrimoniale se plaçant en dehors de toute idée de personnalité morale, conception qui si elle ne paraît nullement correspondre aux principes traditionnels du droit français, a été admise par les législations de certains pays.

§ 2. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

105. — Du point de vue doctrinal, le problème de l'apport en société apparaît comme se plaçant tout naturellement dans le cadre d'un problème plus vaste, celui de la propriété collective. Lorsque plusieurs personnes réunissent un certain nombre de biens en une masse commune, chacun de ceux qui ont fait un apport à cette masse possède des droits sur elle. Mais il est certain que les modes de *tenure* dont la masse peut être l'objet sont susceptibles d'être fort variés.

Or à l'exception du statut de certaines masses particulières que l'on rencontrera par exemple dans le droit des régimes matrimoniaux (telle la communauté conjugale), le droit français ne connaît que deux formes de propriété collective : l'indivision et la personnalité morale. Et chacune de ces deux formes présente des inconvénients.

Le procès de l'indivision a été fait assez souvent par les auteurs pour qu'il n'y ait pas lieu d'y revenir. Etat inorganisé (1), parce que considéré par le législateur comme une situation provisoire, l'indivision est beaucoup plus proche de la propriété individuelle que de la propriété collective. *L'indivision apparaît comme une juxtaposition de quotes-parts idéales qui attendent d'être matériellement déterminées.*

Aussi chaque fois qu'il a fallu prévoir des situations collectives destinées à avoir une certaine durée, la solution traditionnelle de l'indivision est apparue très insuffisante. Il a été fait alors appel dans la plupart des législations à la notion de *personnalité morale.* Le patrimoine commun appartient dans ce cas à un groupement auquel on reconnaît la personnalité juri-

105. — (1) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil,* t. III, n° 286.

dique; *il est la propriété individuelle d'un être collectif*. Mais si en droit moderne l'attribution de la personnalité morale apparaît comme une nécessité en ce qui concerne les grandes sociétés de capitaux, car à leur égard on peut véritablement parler d'un centre d'intérêts et d'une volonté collective distincts des intérêts et de la volonté des membres composant le groupement, la situation est fort différente dans les sociétés de personnes.

Attribuer, comme le fait le droit français, la personnalité morale à des groupements aussi peu individualisés que la société en nom collectif ou la société en commandite simple, peut apparaître comme une inélégance juridique et beaucoup de législations étrangères ont adopté sur ce point une solution différente de celle que connaît notre droit. Ne paraît-il pas en effet inexact de déclarer personnes morales — c'est-à-dire sujets de droits et d'obligations, vivant d'une vie indépendante de celle des personnes physiques qui les composent — des sociétés dans lesquelles la mort, l'interdiction ou la faillite d'un associé entraînent dissolution du groupement ? N'est-il pas anormal de considérer que dans la société en nom collectif, l'associé transfère la propriété de son apport à la société alors qu'en fait la société n'a pas véritablement d'existence indépendante et que dès lors dans la réalité des choses le bien ne cesse pas entièrement d'appartenir à l'associé, mais est simplement l'objet d'un mode de tenure différent ?

Il apparaît qu'en droit français, malgré les efforts de la doctrine, une place est demeurée vide, entre les deux notions antithétiques d'indivision et de personnalité morale. Dans les législations étrangères, cette situation intermédiaire est occupée par une forme de copropriété, dont l'origine doit être cherchée dans la *Gesamte Hand* du droit germanique (2).

106. — Dans la *Gesamte Hand*, le patrimoine commun n'appartient pas à un être moral distinct, mais à tous les membres de la collectivité. Et par ailleurs ce sont les biens pris en leur ensemble qui appartiennent à l'ensemble des intéressés (1). Chaque membre du groupe n'est donc pas propriétaire d'une fraction, même idéale, des biens; « ce sont tous les ayants-droit ensemble qui sont copropriétaires du tout » (2). Dans cette forme de copropriété, puisqu'aucun sujet de droits ne s'interpose entre les associés apporteurs et les biens apportés, l'apport apparaît beaucoup plus éloigné de la vente qu'il ne l'est en droit français.

105. — (2) L'orthographe *Gesammte Hand* est vieillie.

106. — (1) Josserand, *Essai sur la propriété collective*, Livre du centenaire du Code civil, p. 357 et s.

(2) J. Ricol. *La co-propriété en main commune. (Gesammte Hand)*, thèse Toulouse 1907, p. 37.

En matière de *Gesamte Hand* en effet, on ne saurait parler de véritable cession du droit de propriété, puisqu'une telle cession suppose que le droit de propriété passe d'un sujet de droits à un autre sujet de droits distinct du premier. Ici au contraire, il y a simple mise en commun du bien apporté : l'associé renonce à son droit individuel de propriété pour acquérir la qualité de membre du groupement non personnifié et devenir ainsi copropriétaire du patrimoine social. De plus, au moins en ce qui concerne les applications que la *Gesamte Hand* reçoit dans le droit des sociétés, l'apport entraîne non seulement mise en commun du bien apporté mais également affectation de ce bien à la poursuite de l'exploitation prévue lors de la constitution de la société. La masse commune réalisée par voie d'apport constitue en effet en quelque sorte un patrimoine d'affectation destiné à être exclusivement utilisé pour les opérations commerciales du groupement.

C'est bien entendu en droit allemand que l'on trouve les applications les plus nettes de la théorie de la *Gesamte Hand*. On en rencontre certaines en matière matrimoniale ou successorale et dans le domaine des associations dénuées de personnalité morale. Mais le patrimoine d'un certain nombre de sociétés est également l'objet d'une copropriété en main commune : c'est le cas des sociétés civiles, de la société dite « *offene Handelsgesellschaft* » (qui correspond à la société en nom collectif du droit français) et enfin de la *Kommanditgesellschaft*, société en commandite simple.

En effet ces sociétés ne constituent pas des personnes morales. Les associés sont copropriétaires du patrimoine social avec application des règles traditionnelles de la *Gesamte Hand* (3). Ainsi il y a séparation entre le patrimoine social et le patrimoine propre de chaque associé, le fonds social étant affecté aux créanciers de la société pour le recouvrement de leurs créances. Les décisions des associés ne sont en règle générale valables que si elles ont été prises à l'unanimité. Les aliénations des biens faisant partie du patrimoine social doivent être décidées par les associés tous ensemble, mais en ce qui concerne l'administration, la représentation des associés par l'un d'eux est admise car sans cette possibilité le fonctionnement de la société serait rendu presque impossible (4).

Le droit allemand parvient donc, en matière de société en nom collectif, à des résultats pratiques sensiblement analogues à ceux obtenus par le droit français. Il apporte ainsi la démonstration que l'on aurait pu parfaitement organiser la société en nom collectif française, en dehors de tout recours à la théorie de la personnalité morale et à l'idée d'un transfert de propriété

106. — (3) *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, tome V, V° *Handelsgesellschaften*, p. 52.

(4) Sur tous ces points, v. Ricol, thèse précitée, p. 126 et 127.

réalisé lors de l'apport. *De lege ferenda* la solution la plus rationnelle semble être en effet de considérer les membres des sociétés de personnes comme copropriétaires du fonds social, car c'est la solution qui correspond le mieux à la psychologie des associés et à la réalité des faits : tout le reste est fiction. Aussi sans se rallier expressément à la conception allemande de la *Gesamte Hand,* le droit anglais et le droit italien ont adopté des solutions voisines de cette conception en ce qui concerne les sociétés les moins dégagées de la personnalité des associés qui les composent.

107. — Le droit anglais connaît une grande variété de propriétés collectives, les deux principales étant la *tenancy in common,* copropriété à quotes parts idéales, qui se rapproche de l'indivision du droit français, et la *joint tenancy* qui se rapproche de la *Gesamte Hand.* La *joint tenancy* trouve en matière de sociétés une application particulière dans le cas de la *partnership,* forme de société qui présente une certaine analogie avec la société en nom collectif.

La *partnership,* ou plus exactement la *firm,* c'est-à-dire « l'ensemble des personnes ayant convenu de se constituer en *partnership* » (1), ne possède pas la personnalité juridique. Mais cela n'empêche pas la constitution d'un patrimoine commun (*joint property* ou *partnership property*). Les apports en propriété faits lors de la création de la société entrent dans ce patrimoine commun. Tout ce qui ne devient pas *partnership property* reste la propriété des associés et constitue les biens séparés (*separate estate*) de chaque associé. Mais ces biens séparés peuvent être employés dans l'intérêt de la société et contribuer à produire les bénéfices de la *partnership;* c'est ce qui se passe lorsque la jouissance seule du bien a été apportée à la société (2).

Chaque associé est co-propriétaire des biens constituant la *partnership property,* mais ces biens communs ne peuvent être employés que pour la réalisation de l'objet de l'entreprise et conformément à la convention constitutive. La situation se rapproche donc beaucoup de l'hypothèse de la *Gesamte Hand* du droit allemand puisque dans la *partnership* également l'apport se présente comme une simple mise en commun accompagnée d'une décision d'affectation et non comme un acte véritablement translatif de propriété. Et cette mise en commun permet un traitement préférentiel des créanciers de la société : en cas de faillite, les biens sociaux (la *partnership property*) sont employés au paiement des dettes de la *partnership* (3).

107. — (1) J. Braesco, *Les caractères généraux de la société dite « partnership »,* thèse, Paris 1923, p. 63.

(2) J. Braesco, thèse précitée, p. 159 à 161.

(3) Il en est de même aux U.S.A. où dans une *partnership,* l'actif de la société est considéré comme la copropriété des associés « sous

108. — L'exemple de la législation italienne est peut être encore plus frappant que celui des droits allemand et anglais pour lesquels l'existence des co-propriétés sans personnalité morale que sont la *Gesamte Hand* et la *parthership property* s'explique surtout par le maintien de règles traditionelles. En Italie, au contraire, c'est à une véritable régression de la personnalité morale que l'on a assisté lorsque le législateur de 1942, considérant qu'il était excessif « d'accorder la personnalité morale aux sociétés dont les activités et le sort sont indissolublement liés à la personne même des associés » (1), n'attribua cette personnalité qu'à la société par actions, à la société en commandite par actions, à la société à responsablilité limitée et aux coopératives.

Pour les autres sociétés, il est seulement prévu par le Code de 1942 une autonomie patrimonale sans personnalité juridique. Ainsi était rendue inexacte l'équation *autonomie patrimoniale = personalita giuridica* qui avait été énoncée au début du XX[e] siècle par l'auteur italien Bonelli (2). La théorie de Bonelli fut longtemps la doctrine dominante en Italie. Elle fondait son assimilation de l'autonomie patrimoniale et de la personnalité juridique sur l'idée que seule la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés permettait de justifier que les créanciers personnels des associés ne puissent pas agir contre le patrimoine social pendant la durée de la société, que les créanciers sociaux puissent seuls se faire payer à ce moment sur les biens sociaux, et qu'enfin lors de la liquidation les créanciers sociaux passent avant les créanciers personnels des associés (3). Selon cette doctrine, le droit de préférence des créanciers sociaux apparaissait donc comme une conséquence de la personnalité morale. Mais quelques auteurs italiens, notamment Carnelutti (4), ont montré l'inexactitude de cette solution et ont établi que le droit de préférence des créanciers sociaux est en réalité une conséquence du concept même de société.

Ainsi pouvait être construite une nouvelle notion d'autonomie patrimoniale en dehors de toute idée de personnalité

réserve de son affectation prioritaire à la satisfaction des droits des créanciers sociaux » (H. Lépargneur, *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, p. 39).

108. — (1) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 32.

(2) Bonnelli, *I concetti di communione e di personalita nella teorica delle societa commerciali*, Riv. dir. comm. 1903. I. 320, *La teoria della persona giuridica*, Riv. dir. civ. 1910. I. 496; *Personalita e communione*, Riv. dir. comm. 1913. I. 733.

(3) Cf. Vittorio Vitale, *Societa personali et contitolarita di diritti*, p. 6, qui expose et critique la théorie de Bonelli.

(4) *Personalita giuridica e autonomia patrimoniale nella societa e nella communione*, Riv. dir. comm. 1913. I. p. 86 et s., part. p. 118.

morale. C'est ce qu'a réalisé le Code civil italien de 1942 pour certaines sociétés.

Cette autonomie patrimoniale revêt du reste des modalités diverses suivant la société envisagée. Dans la *societa semplice* (qui correspond à la société civile du droit français) l'autonomie patrimoniale se limite à conférer aux créanciers sociaux un droit de préférence sur les biens mis en société (5). Dans la société en nom collectif et dans la société en commandite simple, l'autonomie patrimoniale est plus poussée : les créanciers personnels des associés ne peuvent exercer aucune action contre le patrimoine social tant que dure la société ; inversement les créanciers sociaux sont tenus de discuter en premier lieu le patrimoine social ; c'est seulement si ce patrimoine est incapable de les satisfaire qu'ils seront autorisés à poursuivre les associés responsables au delà de leur apport.

Dans certains types de sociétés italiennes, les apports des associés constituent donc un patrimoine autonome et ce patrimoine n'appartient pas à la société puisque celle-ci n'a pas la personnalité morale dans l'hypothèse envisagée (6). Il appartient à tous les associés collectivement. C'est la théorie italienne de la *contitolarita di diritti,* que l'on peut légitimement songer à rapprocher de la théorie allemande de la *Gesamte Hand.* Les associés sont co-titulaires des droits composant le patrimoine social et ce patrimoine est affecté à la poursuite du but de l'exploitation prévue par les statuts.

Dans les sociétés de personnes, en droit italien, l'effet du contrat est donc notamment de rendre tous les associés co-titulaires des droits réels que chacun a mis en commun à titre d'apport (7). L'apporteur garde ainsi une certaine maîtrise sur son bien, puisqu'il en reste co-propriétaire. Ici encore il n'y a donc pas transfert de la propriété du bien, à partir du patrimoine de l'apporteur, au profit d'un être abstrait en principe distinct des associés, mais simple remplacement du titulaire unique du droit de propriété par une pluralité de titulaires qui désormais concourront aux actes d'administration et de disposition dudit bien.

*
* *

La plupart des législations étrangères admettent donc, dans les sociétés de personnes les moins individualisées, la possibilité de reconnaître aux associés un droit de co-propriété sur le patri-

108. — (5) A. Brunetti, *Trattato del diritto delle societa,* t. I, p. 121 à 123.
(6) Certains auteurs italiens continuent cependant à considérer les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple de leur pays comme des personnes juridiques, admettant seulement qu'il s'agit là d'une personnalité juridique différente de celle des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée. — V. Lorenzo Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale,* t. II, 1951, particulièrement p. 357.
(7) Vittorio Vitale, *op. cit.,* p. 55.

moine social, tout en accordant aux créanciers de la société un traitement préférentiel sur ce patrimoine. En droit français, au contraire, l'associé, qui dans le cadre d'une société en nom collectif veut rester légalement propriétaire de son apport, est obligé de recourir au procédé de l'apport en jouissance, beaucoup moins avantageux pour les créanciers sociaux, qui, s'ils font vendre le bien, viendront en concours avec les créanciers personnels de l'associé, puisque le bien demeure dans ce cas dans le patrimoine propre de celui-ci.

CHAPITRE SECOND

L'apport en nature de la jouissance d'un bien

étudié par comparaison avec le louage de choses et le prêt de consommation

---

109. — Lorsque l'apport est effectué en propriété, l'apporteur risque de ne pas pouvoir reprendre son bien en nature lors de la dissolution de la société, par exemple si le bien a été aliéné par la personne morale, ou si le partage attribue le bien à un autre associé que l'apporteur. Et l'associé qui a fait un apport en propriété n'est même pas sûr de pouvoir reprendre la valeur de son apport, puisque les créanciers sociaux passeront avant lui lors de la distribution de l'actif social. Pour être assuré de retrouver son bien à la dissolution, l'apporteur dispose d'un moyen particulièrement efficace : mettre en société la jouissance du bien seulement.

Un problème préalable se pose alors : celui de savoir si, du point de vue technique, tous les bien susceptibles de faire l'objet d'un apport en société peuvent être apportés soit en pleine propriété, soit uniquement en jouissance.

Il est certain que les biens corporels, immeubles ou meubles, peuvent être l'objet d'apports en pleine propriété ou en jouissance (1). La question est plus délicate en ce qui concerne les *biens incorporels*. Pour certains d'entre eux, la distinction de l'apport en propriété et de l'apport en jouissance est encore tout à fait possible : c'est le cas notamment des fonds de commerce et des brevets d'invention. Au contraire il paraît très difficile d'appliquer cette distinction à l'apport de créances. En effet si pour les biens corporels deux variétés d'apports sont possibles, c'est parce que ces biens sont susceptibles d'être l'objet soit d'une vente, soit d'un louage et que ces deux contrats peuvent être transformés en apport par le remplacement du prix au moyen d'une attribution de droits sociaux.

109. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 25; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 87.

En ce qui concerne les *créances*, il existe par contre une seule opération susceptible d'être ainsi transformée en apport : c'est la cession de créances. On peut en effet considérer que l'apport d'une créance se rapproche d'une cession de cette créance au profit de la société, sans méconnaître bien entendu que l'attribution de droits sociaux en matière d'apport confère à l'opération son originalité et empêche toute assimilation absolue entre cession et apport.

Il est alors nécessaire de se demander si l'apport de créances est un apport en propriété ou un apport en jouissance. Il semble qu'ici cette distinction traditionnelle soit en défaut. Il est en effet illogique de parler d'*apport en propriété* en matière de créances, car comment la créance, droit personnel, peut-elle être l'objet d'une propriété, droit réel ? Et inversement, on ne saurait parler ici d'*apport en jouissance*, car, du fait de l'apport, le droit de disposer de la créance est transmis à la société (2). L'apport de créances est donc plus qu'un apport en jouissance, il ressemble davantage à l'apport en propriété ; comme celui-ci, il est un *acte translatif de droit* : mais dans un cas le droit transféré est le droit de propriété, dans l'autre un droit personnel (3).

110. — Parmi les différents apports de créances, il en est un qui présente un caractère particulier, c'est l'apport d'un *droit au bail*. Il n'est du reste pas certain que ce droit soit purement un droit de créance, et surtout depuis l'évolution législative des vingt-cinq dernières années il présente certains caractères qui le rapprochent d'un droit réel (1). De toute manière il a un caractère original et occupe une place à part. Ainsi, alors que pour le droit de créance ordinaire on ne rencontre que des cessions, le bail peut être l'objet soit d'une cession, soit d'une sous-location.

Et il apparaît que pour chacun de ces deux contrats, une variété correspondante d'apport en société peut exister. S'il est prévu que la société paiera le loyer au propriétaire et remplacera l'ancien locataire, devenu associé, dans toutes ses obligations, l'apport du bail se présentera comme un *acte translatif*

109. — (2) On pourrait cependant exceptionnellement rencontrer des hypothèses où le droit de disposer de la créance ne serait pas transmis à la société : par exemple en cas d'apport de la jouissance de valeurs mobilières représentant un droit de créance, *obligations* notamment.

(3) A côté de l'apport en propriété et de l'apport de créances, il existe une troisième variété d'apport translatif de droit : c'est *l'apport d'un usufruit* lorsque cet usufruit préexiste à la constitution de la société. Sur cet apport, v. *infra* n° 113.

110. — (1) Cf. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Librairie Dalloz, 1952.

de droits, analogue à une cession. Au contraire l'apport peut avoir simplement les effets d'une sous-location, la société n'étant pas tenue dans ce cas au paiement du loyer envers le bailleur et l'associé demeurant locataire avec toutes les conséquences que comporte cette qualité. Dans ce cas l'apport est seulement *constitutif de droits :* il crée un droit au profit de la société, sous-locataire, contre l'associé, locataire principal.

L'apport-cession de bail se rapproche de l'apport en propriété, l'apport sous-location se rapproche de l'apport en jouissance, mais il s'agit seulement d'analogie, car, comme on l'a fait remarquer (2), le droit au bail « ne peut se diviser en propriété et en jouissance, pour cette raison très simple qu'il est tout entier jouissance ». Mais il ne faudrait pas conclure de cette remarque que l'apport d'un bail est un apport en jouissance au sens traditionnel de l'expression : en effet, au moins lorsqu'il ressemble à une cession, ce qui est l'hypothèse normale, l'apport du droit au bail transfère à la société l'ensemble des prérogatives appartenant à l'apporteur, alors que le propre de l'apport en jouissance est de laisser à l'apporteur le droit de disposer du bien objet de l'apport. L'apport d'un bail, lorsque les parties désirent lui donner les effets d'une cession, est donc plus qu'un apport en jouissance puisqu'il opère transfert de droits. Par là il s'apparente à l'apport en propriété (3).

111. — A ces apports d'une nature particulière que l'on rencontre dans le domaine des biens incorporels et pour lesquels la distinction traditionnelle entre apport en propriété et apport en jouissance ne s'applique qu'assez mal, s'oppose l'apport en jouissance proprement dit. Mais cette notion elle-même n'est pas une notion unitaire. Et il apparaît qu'il existe une différence fondamentale de nature juridique selon que l'apport en jouissance porte sur un corps certain ou sur une chose de genre. Dans le premier cas en effet l'opération se rapproche d'un louage ; dans le second elle est analogue à un prêt de consommation et il y a application des règles du quasi-usufruit.

110. — (2) R. Savatier, note D. 1951, J. 358, 2e col.

(3) Et de même que l'apport en propriété est distinct de la vente, de même l'apport du droit au bail ne saurait être identifié en tous points avec la cession de ce droit ou avec la sous-location. En matière d'apport, l'associé ne devient pas complètement étranger au bien qu'il a mis en société, surtout dans les sociétés de personnes. C'est sous cet angle que se pose le problème de savoir si les clauses, interdisant ou restreignant la cession de bail ou la sous-location, s'étendent ipso facto à l'apport du droit au bail, problème délicat qui sera étudié dans un développement ultérieur. — V. *infra* n° 203 et s.

§ 1. — L'APPORT EN JOUISSANCE D'UN CORPS CERTAIN

112. — Parmi les droits de jouissance que connaît la législation française, les deux principaux sont l'usufruit et le droit du locataire, le premier étant traditionnellement considéré comme un droit réel et le second comme un droit de créance avec les conséquences qui en découlent. Et le problème s'est posé en doctrine de savoir duquel de ces deux droits, devait être rapproché le droit de jouissance qui est susceptible d'être créé au profit d'une société au moyen d'un apport.

En présence de ce choix qui apparaît indispensable si l'on veut fixer avec précision le régime juridique de l'apport en jouissance, une certaine hésitation règne chez les auteurs. Certains adoptent une position extrêmement nuancée. Ainsi MM. Escarra et Rault, dans leur *Traité des sociétés commerciales* (1), après avoir déclaré que l'apport en jouissance emportait démembrement du droit de propriété, considèrent que dans ce cas « l'associé apporteur est dans une condition voisine de celle d'un nu-propriétaire, ou plutôt d'un bailleur », et « la société dans une condition juridique voisine de celle d'un usufruitier, ou plutôt d'un locataire ». Cette solution ne saurait être entièrement satisfaisante : sur bien des points l'usufruit se distingue du droit résultant d'un bail, par exemple en ce qui concerne la capacité requise pour consentir la création de ces droits et également en ce qui concerne leurs effets respectifs. Une solution plus précise doit donc être donnée au problème de la nature juridique de l'apport en jouissance.

113. — Il semble que le reproche majeur que l'on puisse adresser à la théorie de MM. Escarra et Rault est d'avoir, en ce qui concerne la classification des apports « fondée sur l'étendue des droits conférés », distingué seulement deux termes : l'apport en propriété et l'apport en jouissance. Or traditionnellement on reconnaît l'existence, entre ces deux formes d'apport, d'une troisième : l'apport en usufruit (1). Et cette dernière solution se justifie facilement : en effet puisqu'il est permis de considérer que chaque contrat de droit civil peut être transformé en apport par un remplacement du prix au moyen de droits d'associé, il est nécessaire de prévoir une forme d'apport correspondant à la constitution d'usufruit et une forme d'apport correspondant au louage de choses. Ainsi cœxistent en droit français *l'apport en usufruit* qui confère à la société un

112. — (1) T. I, n° 111.

113. — (1) Sur l'existence de l'apport en usufruit, distinct de l'apport en jouissance, v. Lyon-Caen et Renault, *D. com.*, t. II-1, n° 26 et 27; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I., n^{os} 99 et s.; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 40; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 390.

droit analogue à celui de l'usufruitier et l'*apport en jouissance* qui lui confère un droit voisin de celui d'un locataire.

L'apport en usufruit est susceptible de présenter deux modalités différentes, selon que l'apport concerne un usufruit qui préexistait à la constitution de la société ou au contraire emporte création d'un usufruit au profit de la société. En effet lorsqu'une personne est titulaire de l'usufruit d'un bien à la suite d'une disposition testamentaire par exemple, elle a la possibilité de céder cet usufruit (2). Elle peut par conséquent en opérer transfert au profit d'une société au moyen d'un apport. L'apport en usufruit dans ce cas se rapproche d'un apport en propriété : il est comme lui un acte translatif de droit réel et ne diffère de l'apport en propriété que par l'étendue du droit, objet du transfert (3).

Par application des principes généraux, la durée de l'usufruit ne sera pas modifiée malgré la cession : l'usufruit s'éteindra à la mort de l'apporteur et non à la dissolution de la société qui est indifférente au point de vue de l'extinction de l'usufruit. Si donc l'apporteur meurt avant la dissolution de la société, celle-ci cessera de bénéficier de l'usufruit à partir de la date du décès de l'apporteur. Par contre si la dissolution de la société intervient avant la mort de l'apporteur, l'usufruit figurera dans l'actif social lors de la liquidation et pourra être soit attribué à un créancier pour le désintéresser, soit inclus dans la masse à partager.

La situation se présente différemment lorsque l'apporteur est non pas usufruitier, mais propriétaire du bien mis en société et qu'il entend par le moyen de l'apport créer au profit de la société un droit réel d'usufruit. Dans ce cas l'apport au lieu de ressembler à une cession d'usufruit, comme dans le cas de transmission à la société d'un usufruit préexistant, se présente sous la forme d'une constitution d'usufruit au profit de la société. La durée de la vie de l'apporteur devient ici indifférente; seule la durée de l'existence de la société sera à prendre en considération. L'apport constitution d'usufruit met la société dans la situation d'un usufruitier et l'apporteur dans celle d'un nu-propriétaire et cette situation doit normalement exister pendant toute la durée de la société.

Toutefois il faut faire application de l'article 619 du Code civil aux termes duquel « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans ». L'interprétation que la doctrine donne de ce texte est que, dans le cas où un usufruit est constitué au profit d'une personne morale la durée de cet usufruit ne peut excéder trente ans (4). Donc lorsqu'un apport

113. — (2) Art. 595 C. civ. — Cf. RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. I, n° 3519.

(3) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 99.

(4) RIPERT et BOULANGER, *Dr. civil*, t. I., n° 3518.

opère constitution d'usufruit au profit d'une société, sa durée ne sera équivalente à celle de la société que si l'existence de la personne morale est prévue pour une période inférieure à 30 ans. Au contraire si les statuts ne prévoient pas la durée de la société ou prévoient pour celle-ci une durée supérieure à 30 ans, l'apport en usufruit ne pourra pas excéder la trentième année de l'existence sociale ; à cette date, l'usufruit s'éteindra *ipso facto*.

114. — Si la nature juridique de l'apport en usufruit est assez facilement déterminable, l'apport en jouissance proprement dit est au contraire susceptible de donner lieu à de plus amples controverses. Un certain nombre de conceptions sont en effet possibles en ce qui le concerne.

1re conception : L'apport en jouissance crée un usufruit au profit de la société.

Cette solution ramène l'apport en jouissance à l'apport en usufruit, ou plus exactement, méconnaissant l'existence propre de l'apport en usufruit, elle donne à l'apport en jouissance les effets d'une constitution d'usufruit. Elle ne semble pas avoir eu grand écho en doctrine. On en trouve une manifestation, du reste peu probante, dans le *Traité de droit commercial* de G. Ripert (1). Cet auteur parlant de l'apport en nature indique : « il peut être fait en propriété ou en jouissance »; et il ajoute : « dans ce dernier cas la société n'a que l'*usufruit du bien...* » Mais M. Ripert n'apporte aucune précision supplémentaire susceptible de justifier la nature juridique qu'il semble ainsi reconnaître à l'apport de jouissance.

Et l'on peut dès lors considérer que la conception qui voit dans l'apport en jouissance la création d'un usufruit encourt trois reproches majeurs. En premier lieu elle méconnaît la distinction traditionnelle, précédemment rappelée, de l'apport en usufruit et de l'apport en jouissance.

Elle conduit en second lieu à considérer que, seul des contrats usuels du droit civil, le contrat de louage de choses ne pourrait pas être l'objet d'une transformation en apport en société au moyen du remplacement du prix par une attribution de droits sociaux. Cette solution apparaît inadmissible : en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il semble nécessaire de permettre aux parties de placer la société dans la situation d'un locataire et l'apporteur dans la situation d'un bailleur, la rémunération de l'apporteur étant réalisée au moyen de la remise de droits d'associé à celui-ci. Et cette possibilité reconnue aux parties de transformer un louage en apport en société se

114. — (1) G. Ripert, *Dr. com.*, n° 635.

justifie d'autant plus qu'en rattachant l'apport en jouissance au contrat de bail, on ne retire pas aux parties la possibilité de placer la société dans la situation d'un usufruitier puisqu'il leur est toujours loisible de stipuler un apport en usufruit au lieu d'un apport en jouissance.

Un troisième argument peut enfin être invoqué contre la conception qui considère que l'apport en jouissance entraîne création d'un droit d'usufruit. Cet argument peut être tiré de l'article 1851, alinéa 1, du Code civil, aux termes duquel : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire ». Cette règle signifie qu'en cas de perte d'un corps certain, dont il a été fait apport en jouissance, la société prend fin au regard de l'apporteur, lorsque celui-ci par suite de la destruction du bien apporté se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation de faire jouir la société de ce bien (2). De plus la perte ainsi intervenue conduit à considérer que l'apporteur n'a pas pu réaliser intégralement l'apport promis et que dès lors il peut y avoir lieu de faire subir à sa part dans les bénéfices et dans les pertes une réduction proportionnelle à la durée de jouissance non fournie (3).

La règle figurant dans l'article 1851, alinéa 1, du Code civil apparaît dès lors incompatible avec une conception qui verrait dans l'apport en jouissance une constitution d'usufruit. En effet, en matière d'usufruit, le nu-propriétaire et l'usufruitier supportent les risques chacun en ce qui concerne le droit dont il est titulaire. Une fois l'usufruitier mis en possession de son droit réel, le nu-propriétaire n'assume plus qu'une obligation passive : laisser l'usufruitier jouir du bien.

Dès lors si la constitution d'usufruit est intervenue à titre onéreux, comme c'est le cas de l'apport en usufruit, la prestation que doit verser le bénéficiaire de l'usufruit sera due au nu-propriétaire malgré la perte du bien. Ainsi lorsqu'un usufruit a été apporté à une société moyennant l'attribution de droits sociaux, ces droits sociaux sont acquis à l'apporteur dès que la société a été mise en possession du droit réel d'usufruit. La perte du bien, objet de l'usufruit, ne mettra donc fin ni à la société, ni à la participation de l'apporteur aux profits sociaux.

La solution que prévoit l'article 1851, alinéa 1, du Code civil, celle également qui est établie par l'article 1867 et qui décide la dissolution de la société en cas de perte de la chose

114. — (2) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 41.

(3) Cf. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 27 : l'apport en jouissance « n'est définitivement réalisé que si la société a eu la jouissance promise pendant le temps fixé ».

apportée en jouissance, vont à l'encontre des principes admis en matière d'usufruit. Au contraire on peut rapprocher ces solutions de celles adoptées en matière de bail et notamment de l'article 1722 du Code civil qui prévoit que « si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ». Il résulte de ce texte que le bailleur qui aurait reçu d'avance le paiement des loyers serait tenu d'en restituer au preneur la fraction correspondant à la période pendant laquelle la jouissance n'a pu être assurée par suite de la perte de la chose.

On voit que les règles en matière d'extinction du contrat et de réduction éventuelle de la prestation que doit recevoir la personne chargée d'assurer la jouissance d'un bien sont analogues en matière de bail et en matière d'apport en jouissance ; ces règles apparaissant au contraire incompatibles avec les principes admis en ce qui concerne l'usufruit. Il est donc permis de conclure qu'à divers points de vue l'apport en jouissance ne peut être considéré comme emportant création d'un usufruit et que c'est au contraire au bail qu'il est nécessaire de le comparer pour préciser sa nature juridique.

2me conception : L'apport en jouissance est un apport à prestations successives mais ce caractère ne fait pas obstacle à son admission dans les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée.

115. — A partir des règles qui viennent d'être dégagées en ce qui concerne la charge des risques en matière d'apport en jouissance, il est possible de déduire que le législateur a entendu donner à l'apport en jouissance d'un corps certain le caractère successif. C'est la constatation à laquelle aboutit la majorité de la doctrine (1). Mais il apparaît immédiatement qu'une telle position risque d'être lourde de conséquences en ce qui concerne les *sociétés anonymes* et les *sociétés à responsabilité limitée,* car il semble douteux à première vue qu'un apport à prestations successives puisse être valablement effectué dans de telles sociétés.

En effet dans les sociétés anonymes, en vertu de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, « *les actions représentant des apports en nature doivent toujours être intégralement libérées lors de la constitution* », et en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, l'article 7 de la loi du 7 mars 1925 décide que

115. — (1) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 27; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 101 : l'apport en jouissance « *s'analyse en une série de prestations successives et engendre à la charge de l'apporteur une obligation continue de faire jouir la société pendant le temps convenu* ».

les parts doivent être intégralement libérées et que l'acte doit mentionner cette libération. Dans ces conditions, reconnaître à l'apport en jouissance le caractère d'un apport à prestations successives, n'est-ce pas empêcher qu'il puisse être valablement prévu dans les sociétés pour lesquelles existe la règle de la libération immédiate des apports ? La doctrine ne l'a pas pensé.

Tout d'abord certains auteurs ne semblent pas avoir aperçu les conséquences qui découlaient logiquement de leur prise de position en faveur du caractère successif de l'apport en jouissance. C'est le cas de MM. Houpin et Bosvieux, qui après avoir considéré que l'apport en jouissance comporte « une série de prestations successives » (2), déclarent dans la suite de leur ouvrage : « Aucune objection d'ordre juridique ne saurait être faite... à l'attribution d'actions en représentation d'un apport en jouissance » (3), alors qu'ils se fondent sur le caractère successif de l'apport en industrie pour l'écarter du capital des sociétés anonymes (4).

Une telle position apparaît empreinte d'un certain illogisme et c'est pour éviter d'encourir le même reproche que quelques auteurs ont adopté une position présentant plus d'unité, en considérant que la notion d'apport à exécution successive n'était pas incompatible avec celle de libération immédiate des apports. Ainsi MM. Lyon-Caen et Renault considèrent que la règle de la libération immédiate a été édictée seulement à l'égard des apports pour lesquels cette libération immédiate est concevable : apports en propriété ou en usufruit. Elle ne concernait pas les apports à exécution successive pour lesquels la libération immédiate se transformerait en *accomplissement régulier des obligations assumées par l'apporteur* (5).

115. — (2) *Soc.*, t. I, n° 101.

(3) T. I, n° 690.

(4) T. I, n° 689 : « La disposition de l'article 3, § 2, de la loi du 24 juillet 1867, d'après laquelle les actions représentant des apports en nature doivent être intégralement libérées lors de la constitution de la société met d'ailleurs obstacle à ce que le capital d'une société anonyme soit formé en totalité ou en partie au moyen d'un apport d'industrie qui, étant par sa nature *successif* et éventuel n'est pas entièrement fourni et ne peut l'être lors de la constitution ».

(5) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 560-2; « L'article 3, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1867 réclamant la libération immédiate des actions d'apport n'a jamais pu exiger dans la pensée même du législateur que la réalisation immédiate et totale des apports pouvant comporter cette réalisation. La loi n'exige pas, et ne pouvait le faire, la réalisation totale et immédiate des apports à exécution successive pour lesquels la nature même des choses résiste absolument à une telle réalisation. Pour ces apports qui ne comprennent pas seulement les apports en industrie, mais tous les apports en jouissance de biens meubles ou immeubles, une libération immédiate ne peut s'entendre que d'une exécution régulière des obligations successives de l'apporteur. — Cf. dans le même

Cette conception apparaît inacceptable. En effet elle aboutit en premier lieu à permettre la rémunération des apports en industrie par des actions, solution qui ne paraît pas pouvoir être retenue en droit positif, parce que l'apport en industrie ne procure pas aux créanciers de la société un gage suffisant (6). Et en second lieu, on peut remarquer qu'il est tout à fait inexact d'assimiler à la libération immédiate des apports exigée par le législateur dans certaines sociétés, la simple exécution régulière des prestations successives.

Libération immédiate des apports, cela signifie obligation pour l'apporteur de fournir dès la constitution de la société *toutes* les prestations promises. Or par définition même dans l'apport à exécution successive ces prestations ne peuvent être fournies qu'au fur et à mesure de l'existence de la société. Il apparaît donc que l'idée de libération immédiate des apports et celle d'apport à exécution successive sont deux notions inconciliables. Voir dans l'apport en jouissance un apport à exécution successive, c'est aboutir logiquement à en interdire l'existence dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée.

3me conception possible : L'apport en jouissance est un apport à prestations successives et ce caractère fait obstacle à son admission dans les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée.

116. — Puisque la majorité de la doctrine analyse l'apport en jouissance en une suite de prestations successives, la logique aurait voulu qu'elle en conclue qu'un tel apport était impossible chaque fois que le législateur exige une libération immédiate des apports. Pourtant il ne semble pas qu'une telle conception ait été jusqu'ici proposée en doctrine. Interdire les apports en jouissance dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée paraît en effet une solution si contraire à la tradition que nul auteur n'a pris sur lui de la proposer. Ce serait en effet payer très cher un souci d'analyse juridique exacte que de parvenir à un résultat pratique entraînant des conséquences aussi regrettables.

Et si cette interdiction des apports en jouissance dans les sociétés anonymes peut apparaître logique parce qu'elle est dans la ligne du caractère successif traditionnellement reconnu à l'apport en jouissance, elle apparaît illogique si on l'envisage

sens : R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives ou continues*, thèse, Lille 1928, p. 40 : « ...Si l'on aborde la catégorie des apports successifs, il y aura libération immédiate quand l'apporteur accomplira sans solution de continuité la série de prestations qu'il s'est engagé à fournir ».

115. — (6) V. *infra* n° 128.

à un autre point de vue. En effet on est conduit à reconnaître la validité, en matière de société anonyme, de l'apport du droit au bail d'un local quelconque. Cet apport en effet s'analyse comme un acte translatif de droit (1), et par conséquent dès que le transfert de droit a été opéré, l'apporteur a exécuté sa prestation : un tel apport est donc susceptible de libération immédiate. Or dans le cas le plus courant d'apport d'un bail, la société remplace l'apporteur dans ses obligations de locataire et doit ainsi en plus des droits sociaux remis à l'apporteur payer un loyer au propriétaire du bien.

Si donc le droit à un bail, c'est-à-dire le droit à la jouissance d'un bien moyennant le paiement d'un loyer, peut être rémunéré par une attribution d'actions, comment pourrait-on refuser cette attribution d'actions en représentation de l'apport d'un droit de jouissance ne comportant pas l'obligation de payer un loyer ? (2).

Il importe toutefois de remarquer que l'apport du droit à un bail se présente pour les créanciers de la société comme un gage plus effectif que l'apport en jouissance. Le droit à un bail conclu antérieurement à la constitution de la société est en effet indépendant de l'existence de la personne morale. Par le jeu des renouvellements, surtout s'il s'agit d'un bail commercial, le droit au bail se retrouvera lors de la liquidation de la société et pourra servir à ce moment là à désintéresser les créanciers. L'apport en jouissance s'éteint au contraire à la dissolution de la société, même si cette dissolution se réalise de manière anticipée (3).

De même au cours de l'existence de la société, un créancier pourrait faire saisir et vendre un droit au bail entré dans le patrimoine social ; il semble beaucoup plus difficile qu'il puisse faire vendre un apport en jouissance (4).

Dès lors s'il paraît injuste d'écarter toute possibilité d'apport en jouissance dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée, il n'en est pas moins vrai qu'un

116. — (1) V. *supra* n° 110.

(2) C. Houpin, *De l'apport de jouissance ou de nue propriété à une société par actions ou à responsabilité limitée contre l'attribution d'actions ou de parts de capital*, J. Soc., 1931, p. 132.

(3) Toutefois si la jouissance a été apportée pour une période déterminée et non pour la durée de la société, cette jouissance sera comprise dans l'actif social lors de la liquidation, en cas de dissolution de la société avant l'expiration de la durée de la jouissance (Cf. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 101; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société*, n° 171; Cass. req. 7 juin 1886, S. 1890. I. 406; Aix, 31 mai 1951, J.C.P. 1952. II. 6792, note Bastian).

(4) V. cependant Aix, 31 mai 1951, précité. — Cf. également Paul Schwab, *Quelques considérations sur l'apport en jouissance dans les sociétés de capitaux*, L'informateur du chef d'entreprise, 1952, p. 154 et s.

tel apport présente certains inconvénients et qu'il importe de l'assortir de garanties destinées à sauvegarder les intérêts des autres apporteurs et des créanciers.

4me conception : L'apport en jouissance proprement dit présente un caractère successif très atténué.

117. — Si l'on reconnaît à l'apport en jouissance le caractère d'un apport à prestations successives, c'est parce qu'on le considère traditionnellement comme un pur droit de créance. Il serait constitué uniquement par une obligation de l'apporteur : faire jouir la société, de manière continue, du bien apporte. Et cette analyse traditionnelle vient de ce que l'apport en jouissance a été calqué sur le contrat de louage de choses et que pour ce dernier contrat également on considère qu'il y a simple obligation continue du bailleur d'assurer au locataire la jouissance paisible de la chose louée.

Or il semble bien que le droit du locataire, et partant le droit de la société bénéficiaire d'un apport en jouissance soit plus qu'un simple droit de créance. En effet le droit du locataire comporte dans une large mesure le droit de suite : les baux ayant date certaine sont opposables aux acquéreurs de l'immeuble ; et par analogie on doit considérer que l'apport en jouissance sera opposable à toute personne à laquelle l'apporteur viendrait à vendre le bien apporté. Cela confère à la société bénéficiaire de l'apport, comme à un locataire, une situation privilégiée par rapport à un créancier ordinaire.

Une fois entré en possession du bien loué, le locataire bénéficie très souvent d'une position extrêmement forte : renouvellements ou maintien dans les lieux lui permettront de conserver la jouissance du local bien au-delà du terme fixé par le contrat initial. Il semble que l'obligation du bailleur soit alors fortement modifiée : c'est beaucoup plus une obligation passive, l'obligation de s'abstenir de troubler la jouissance paisible du preneur, qu'une obligation active.

Sans doute peut-on remarquer que pour l'apport en jouissance, le problème se présente en des termes un peu différents : la question de la durée du contrat qui se pose avec acuité en matière de bail, avec ses problèmes corollaires de résiliation de la convention et de reprise du bien par le propriétaire, ne soulève que peu de difficultés en matière d'apport en jouissance.

A moins que les parties ne lui assignent un autre terme, cet apport est prévu pour la durée de la société : les épineuses questions de renouvellement et de prorogation des baux sont étrangères à l'apport en jouissance. Mais si l'on peut considérer

que ce sont les règles du renouvellement des baux et du maintien dans les lieux qui ont en grande partie contribué à retirer au droit du preneur le caractère d'un simple droit de créance, faut-il en conclure que la non-application de ces règles en matière d'apport en jouissance oblige à maintenir au droit créé par cet apport le caractère de droit de créance ? Il ne le semble pas. En effet l'apport en jouissance confère à la société un droit qui a une stabilité analogue à celle du droit du preneur dans la législation actuelle.

118. — Cette stabilité, l'apport en jouissance la trouve dans le contrat de société. Lié au sort de celui-ci, il échappe à toute possibilité de résiliation unilatérale de la part de l'apporteur, et, lorsque la société est prévue pour une très longue durée, comme c'est le cas généralement des sociétés anonymes, l'apport en jouissance prend le caractère d'un bail à long terme. Or il est certain qu'en matière de bail, plus la date d'extinction du contrat est éloignée, plus le caractère de droit de créance attribué au droit du preneur se trouve atténué.

En matière d'apport en jouissance, comme en matière de bail, dès que la société sera entrée en possession du bien faisant l'objet de l'apport, la personne morale se trouvera dans une situation juridique privilégiée bien différente par exemple de celle résultant pour elle d'un apport en industrie.

En ce qui concerne ce dernier apport, la position de la société est très précaire. Elle est à la merci de la mauvaise volonté de l'apporteur qui peut brusquement cesser sa collaboration et ne pourra dès lors être contraint d'exécuter en nature la prestation promise, par application de la règle : « *Nemo praecise cogi potest ad factum* ». De même la société peut redouter la mort ou la maladie de l'apporteur d'industrie. Tous les aléas du droit de créance se font jour dans cette hypothèse.

Au contraire, dans le cas d'un apport en jouissance, la situation de la société est beaucoup plus favorable. Comme l'obligation du propriétaire dans le cas du bail, l'obligation de l'apporteur en jouissance sera le plus souvent une simple obligation passive. Elle ne devient véritablement obligation active que dans deux cas principaux : lorsque le bien apporté nécessite d'importantes réparations ou lorsqu'un tiers vient troubler la jouissance paisible du bien par la société. Dès lors cette obligation de l'apporteur dans laquelle on voyait l'essence du contrat et à laquelle on rattachait le caractère successif de l'apport se présente sous l'aspect d'une simple obligation de garantie : garantie des vices et garantie d'éviction. Une telle obligation existe aussi en matière d'apport en propriété et sa présence n'empêche pas de reconnaître à cet apport le caractère d'apport à exécution instantanée.

119. — Ainsi, sans pour autant reconnaître à l'apport en jouissance le caractère d'une constitution d'usufruit, on peut considérer que son caractère de prestation à exécution successive est suffisamment estompé pour ne pas faire obstacle à l'admission de cet apport comme élément du capital dans les sociétés anonymes et à responsabilité limitée (1). Et pour parvenir à cette solution, il apparaît qu'il n'est pas nécessaire de retirer à l'apport en jouissance sa référence traditionnelle au contrat de louage de choses. Il est toujours permis de voir dans l'apport en jouissance, un contrat de bail dans lequel le loyer est remplacé par une attribution de droits sociaux.

Cette attribution de droits sociaux confère ici également à l'apport une certaine originalité. Bien que présentant certaines ressemblances apport en jouissance et louage ne s'identifient pas. Cette idee conduit à une conséquence qui mérite d'être relevée : alors qu'un propriétaire qui a loué son bien à un premier preneur ne pourrait le louer pour la même période à un second sans commettre un acte condamnable et provoquer un conflit entre les deux preneurs sucessifs, l'apport en jouissance d'un bien loué antérieurement apparait possible. Cet apport s'analyse alors comme une cession de loyers pour toute la période faisant l'objet de la location et la société ne prendra possession du bien pour l'exploiter personnellement qu'au terme de cette période.

Dès lors qu'au moment de l'apport la société a été prévenue de l'existence du contrat de location antérieurement consenti, elle n'est pas fondée à se plaindre de l'existence de ce contrat. Si ce bail au contraire lui a été caché et s'il apparait que le but de l'apport était de mettre à la disposition de la société un local libre, il y aurait lieu de considérer que l'apporteur n'a pas exécuté ses obligations et que cette inéxécution doit être sanctionnée par une résolution de l'apport ou par une attribution de dommages-intérêts à la société.

120. — L'admission de l'apport en jouissance, comme élément du capital des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée ne se heurte donc à aucune objection fondamentale sur le plan des principes. Mais un tel apport présente sur le plan pratique quelques inconvénients qu'il importe de pallier.

Les uns résultent du fait que malgré tout l'obligation de l'apporteur (qui se trouve dans la situation d'un propriétaire bailleur) garde une certaine importance. Lorsque le bien apporté en jouissance nécessite d'importantes réparations, le refus de l'apporteur de les effectuer risque d'être préjudiciable

119. — (1) Cf. Aix, 31 mai 1951, J.C.P. 1952. II. 6792, note BASTIAN; *Gaz. Pal.*, 1951. II. 169.

à la société. Aussi pour se prémunir contre une inexécution fautive par l'apporteur de son obligation d'assurer à la société la jouissance de la chose, la personne morale pourra demander à l'apporteur de lui consentir une hypothèque (1).

D'autres inconvénients résultent de la règle de l'article 1867, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel : « La société est... dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé ». Il est évident que si une telle règle ne pouvait pas être écartée, il en résulterait pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée une situation très délicate en pratique, ces sociétés se trouvant, en cas d'apport en jouissance, menacées de dissolution forcée si l'objet apporté venait à être détruit.

Mais par le jeu de l'assurance et de la subrogation réelle, l'application de l'article 1867 sera écartée (2). En effet les statuts peuvent stipuler que l'apporteur doit faire assurer le bien apporté de manière suffisante et doit en cas de sinistre mettre à la disposition de la société la jouissance du capital versé par la compagnie d'assurances, ou encore faire diligence pour reconstruire le bien détruit. De plus la société peut elle-même faire assurer le bien apporté, en ce qui concerne la jouissance, et recevoir ainsi en cas de sinistre une indemnité lui permettent de louer un bien analogue susceptible de lui rendre les mêmes services.

Il est donc possible d'atténuer encore par des garanties conventionnelles le caractère d'apport à exécution successive, dépendant de la bonne volonté de l'apporteur, que l'on a traditionnellement reconnu à l'apport en jouissance. L'apport en jouissance est susceptible de présenter un caractère de stabilité suffisant pour lui permettre d'être rémunéré par des actions ou des parts sociales. Il constitue en effet un élément de l'actif social présentant une réelle valeur.

Cependant il s'agit d'un bien dont l'existence est temporaire ; par conséquent lorsqu'il est rémunéré par l'attribution d'actions et que l'on doit ainsi le faire figurer à l'actif du bilan pour une valeur égale à celle des actions attribuées, il importe que l'apport en jouissance soit l'objet d'un amortissement régulier car au fur et à mesure qu'approche la date prévue pour son extinction, sa valeur se réduit. A défaut de cet amortissement nécessaire, l'actif se trouverait majoré illicitement et cette majoration, dans la mesure où elle aboutirait à des distributions de dividendes fictifs, pourrait être sanctionnée pénalement.

120. — (1) R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives*, thèse, Lille 1928, p. 96.

(2) R. Hautcœur, thèse précitée, p. 96 et 97. — J. Rouast, *La notion juridique d'apport en nature*, thèse manuscrite, Paris 1949, p. 47.

121. — Toutes les règles qui viennent d'être dégagées en matière d'apport en jouissance et qui conduisent ainsi à voir dans cet acte juridique une opération voisine du louage de choses (mais s'en distinguant par le fait qu'elle est incorporée dans un contrat de société) ne sont susceptibles de recevoir application que dans l'hypothèse où l'apport concerne un corps certain. C'est en effet seulement dans cette hypothèse que l'apporteur est appelé à reprendre à la dissolution le bien nettement individualisé qu'il a mis en société. Lorsqu'il s'agit au contraire d'une chose de genre, la restitution qui sera opérée lors de la liquidation portera seulement sur un bien de même nature que celui fourni au moment de la constitution de la société.

L'apport en jouissance d'une chose de genre doit par conséquent présenter en ce qui concerne sa nature juridique une certaine originalité permettant de le différencier de l'apport en jouissance d'un corps certain.

§ 2. — L'APPORT EN JOUISSANCE D'UNE CHOSE FONGIBLE

122. — L'article 1851 du Code civil, qui consacre en droit français la possibilité de prévoir, dans les sociétés, des apports en jouissance, ne limite pas la possibilité d'un tel apport aux corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage.

Si en effet le premier alinéa de ce texte est consacré à de tels biens, qui, lorsqu'ils sont l'objet d'un apport en jouissance, demeurent aux risques de l'associé propriétaire, le second alinéa envisage l'hypothèse inverse : le cas dans lequel les risques seront assumés par la société bien qu'il s'agisse d'un apport en jouissance. En effet par suite d'un phénomène que l'on retrouve dans des institutions comme le quasi-usufruit ou le prêt de consommation, il apparaît que certains biens ne peuvent produire leur utilité économique, au profit de la personne à laquelle on entend conférer un droit de jouissance sur eux, que si cette personne en devient propriétaire et acquiert ainsi à leur égard un droit de disposition fort étendu : ce sont les *choses consomptibles*.

Mais pour que le caractère de simple droit temporaire conféré à la jouissance soit conservé, il faut que le jour où ce droit vient à s'éteindre, son titulaire restitue des biens équivalents en quantité et en qualité à ceux qui lui ont été remis à l'origine. Le quasi-usufruit, le prêt de consommation et la seconde forme de l'apport en jouissance supposent donc, puisqu'il doit y avoir restitution de choses identiques, que les biens apportés sont des *choses fongibles*.

On en arrive donc à première vue à exiger, pour que puisse jouer correctement le mécanisme des institutions étudiées, que le bien, objet du droit de jouissance, soit à la fois consomptible (pour justifier le transfert de propriété) et fongible (pour permettre la restitution). Et cette double exigence ne présente pas en pratique d'inconvénients puisque la plupart des choses consomptibles sont fongibles et inversement. Pourtant les deux notions ne coïncident pas absolument et il est permis de se demander en ce qui concerne les deux formes de l'apport en jouissance, si le critère doit être la fongibilité ou la consomptibilité. En effet si l'on réserve la première forme d'apport en jouissance aux biens qui sont à la fois des corps certains et non consomptibles, et la seconde aux choses qui sont cumulativement fongibles et consomptibles, on risque de laisser en dehors de la distinction certains biens dont l'importance n'est pas négligeable, telles les valeurs mobilières qui sont dans un certain nombre d'hypothèses des biens fongibles, quoique non consomptibles.

Si l'on prend précisément le cas des valeurs mobilières, on se rend compte que la Cour de cassation dans un arrêt de la fin du siècle dernier (1) a reconnu la validité d'un prêt de consommation portant sur de telles valeurs, le bénéficiaire du prêt étant seulement obligé de restituer au terme fixé des titres de la même catégorie et en nombre équivalent. Il semble qu'une règle identique puisse être adoptée en matière d'apport en jouissance. Chaque fois que cet apport concernera des valeurs mobilières pouvant être considérées comme fongibles (2), il n'y aura aucune raison de décider que la société n'en devient pas propriétaire, bien qu'il s'agisse dans ce cas de choses non consomptibles.

A défaut de clause expresse le lui interdisant, il semble que la société puisse parfaitement dans cette hypothèse vendre les titres ayant fait l'objet de l'apport en jouissance, quitte à les racheter lors de la liquidation pour satisfaire à ses obligations

122. — (1) Cass. req., 13 juil. 1897, D.P. 1898. I. 353.

(2) En principe, les valeurs mobilières ne sont pas des biens fongibles puisqu'elles portent un numéro et que ce numéro a, dans certains cas, une grande importance, par exemple en cas de tirages destinés à déterminer les titres remboursables ou bénéficiant d'un lot. Mais en ce qui concerne certaines valeurs mobilières, comme les actions d'une même société et d'un même montant nominal, la notion de fongibilité peut recevoir application. S'il s'agit d'actions déposées à la S.I.C.O.V.A.M., ces valeurs mobilières deviennent choses fongibles (RIPERT, *Dr. com.*, n° 1556) et en dehors de cette hypothèse la fongibilité des titres est susceptible de résulter de la volonté des parties (RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. I, n° 2594). Dès lors si un apport en jouissance d'actions a été effectué sans que les numéros des titres aient été précisés dans l'acte de société ou dans un autre document, on pourra en induire que les parties ont entendu considérer ces actions comme des choses fongibles.

envers l'apporteur. Celui-ci ne peut en effet, dans l'éventualité envisagé, exiger au moment de la dissolution que des valeurs mobilières en même nombre et appartenant à la même catégorie que celles qu'il a apportées. Cependant s'il y a eu distribution de réserves ou d'actions gratuites, le bénéfice de ces distributions excédant le simple droit de jouissance de la société, celle-ci devra en verser le montant à l'apporteur lors de la restitution de l'apport, et cela même si la société n'a pas en réalité bénéficié de ces distributions parce qu'elles sont intervenues après aliénation et avant rachat des titres.

L'exemple des valeurs mobilières permet de considérer que c'est la fongibilité et non la consomptibilité qui permet d'opposer les deux variétés d'apport en jouissance. Cette constatation peut être corroborée par une hypothèse (d'application du reste assez rare) d'apport en jouissance de choses consomptibles mais non fongibles. Si l'on suppose une société à durée très limitée constituée pour organiser une exposition de beaux spécimens de fruits ou légumes et s'il est convenu que les propriétaires de ces spécimens en feront apport en jouissance à la société, il apparaît que ce sont ces spécimens, constituant des corps certains, quoique biens consomptibles, qui devront être rendus lors de la dissolution de la société et non pas simplement leur équivalent (3).

*
* *

Le critère des deux catégories d'apport en jouissance étant ainsi fixé autour de la notion de fongibilité (4), il apparaît nécessaire de préciser la nature juridique de l'apport en jouissance d'une chose fongible. Cette nature juridique s'apparente à celle du *prêt de consommation*. En effet alors que l'apport en

122. — (3) Cf. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. I, n° 916.

(4) Il importe toutefois de remarquer que l'application en matière d'apport en jouissance de la règle « *estimation vaut vente* » fait apparaître l'existence d'une hypothèse particulière. Lorsque l'apport en jouissance porte sur un corps certain, mais que la chose a été estimée, l'associé, aux termes de l'article 1851, alinéa 3, du Code civil, ne peut répéter que le montant de cette estimation. Dans ce cas, l'apport en jouissance se ramène à l'apport en propriété, puisque la société devient propriétaire du bien, mais avec cette différence essentielle que, contrairement à ce qui se passe dans l'apport en propriété, l'apporteur en jouissance d'un bien estimé acquerra un droit de créance contre la société, droit portant sur la valeur du bien apporté et que l'apporteur fera valoir à la dissolution, en concours avec les créanciers de la société. Mais la règle de l'article 1851, 3e alinéa, n'est qu'une règle interprétative de la volonté des parties et celles-ci auraient la possibilité de l'écarter. De plus, il est certain que c'est l'estimation de la valeur de la chose elle-même (et non la simple estimation du droit de jouissance conféré à la société sur le bien) qui permet d'appliquer le 3e alinéa de l'article 1851.

jouissance d'un corps certain ne doit pas être comparé au prêt à usage, contrat à titre gratuit par essence, mais au louage de choses, contrat à titre onéreux, l'apport en jouissance d'une chose fongible se rapproche du prêt de consommation qui peut intervenir à titre gratuit, mais peut aussi intervenir à titre onéreux (5).

De même que, dans l'hypothèse du prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire de la chose et en supporte tous les risques, de même, lorsque l'apport en jouissance concerne une chose fongible, il en transfère la propriété et les risques à la société. L'apporteur en jouissance, comme le prêteur, acquiert une créance en restitution : le droit de réclamer lors de la dissolution des objets identiques et en nombre égal à ceux fournis.

La situation de l'apporteur en jouissance d'une chose fongible apparait ainsi extrêmement favorable. Elle apparait même si favorable que l'on a pu parfois considérer qu'elle avait pour résultat d'éviter à l'apporteur toute participation aux pertes et qu'elle était ainsi entachée d'illicéité. Mais comme cette question s'est surtout posée à l'égard des apports en jouissance de sommes d'argent, lesquelles sont les choses fongibles qui sont le plus fréquemment l'objet d'un apport en société, ce problème doit être envisagé dans le cadre de l'étude des apports en numéraire.

122. — (5) BEUDANT, *Cours de droit civil*, t. XII, n° 241.

CHAPITRE TROISIEME

L'apport en numéraire

étudié par comparaison avec le prêt à intérêt

---

123. — Si l'on veut rapprocher utilement l'apport en numéraire d'un autre contrat, c'est le prêt d'argent à intérêt que l'on doit retenir car c'est lui qui présente avec cette forme d'apport les plus notables analogies. En effet comme le prêt à intérêt, l'apport en numéraire concerne une somme d'argent et met cette somme à la disposition d'un patrimoine, en l'espèce celui de la société.

Mais le prêt intervenant à titre onéreux suppose l'existence d'un prix, ce prix étant précisément constitué par l'*intérêt* qui représente le dédommagement du sacrifice consenti par le prêteur, ou, si l'on préfère, la rémunération du service rendu à l'emprunteur (1). L'apport en numéraire va dès lors se distinguer du prêt à intérêt par le fait que si cet apport présente lui aussi le caractère onéreux et suppose par conséquent également un dédommagement du sacrifice consenti par l'apporteur, ce dédommagement ne revêtira pas la forme d'un intérêt constituant un véritable prix, mais celle d'une attribution de droits sociaux, contre-partie habituelle des apports.

Certes parfois la différence entre prêt et apport sera ténue, et cela particulièrement lorsque le prêt au lieu de comporter un intérêt fixe, sera rémunéré par un intérêt variant avec les résultats de l'entreprise. La distinction entre l'apport et le *prêt avec participation aux bénéfices* se fera alors en examinant la situation de celui qui a versé les fonds : s'il apparaît qu'il a véritablement acquis la qualité d'associé, notamment en raison de sa participation aux pertes ou des droits de gestion qui lui ont été reconnus, il y aura eu dans ce cas véritable apport. Lorsque l'on ne relève au contraire aucune manifestation d'*affectio societatis* chez le remettant des fonds, on devra décider qu'il s'agit d'un prêt (2).

123. — (1) Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, n° 1221.
(2) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 53.

Si l'on doit ainsi rechercher un critère permettant de distinguer l'apport en numéraire du prêt à intérêt, c'est parce que l'attribution de droits sociaux en matière d'apport de sommes d'argent entraîne des conséquences importantes à l'égard de la nature juridique de cet apport et empêche dès lors de songer à assimiler l'apport et le prêt, malgré les éléments d'analogie que l'on peut relever entre les deux opérations.

Tout d'abord tandis que le prêt est un contrat réel se formant par la remise de la somme d'argent qui en constitue l'objet, l'apport en numéraire inclus dans un contrat de société peut fort bien ne pas être versé entièrement dès la constitution de la personne morale. Il n'en est autrement que dans les sociétés à responsabilité limitée où les parts représentant des apports en numéraire doivent au même titre que celles représentant des apports en nature être libérées lors de la formation de la société. Dans les sociétés anonymes, seule une libération du quart du montant nominal des actions de numéraire est exigée antérieurement à la constitution de la personne morale, et dans les sociétés par intérêts aucune libération immédiate n'est exigée. Ainsi chaque fois qu'il ne s'accompagnera pas du versement immédiat des fonds prévus, l'apport ne ressemblera pas à un véritable prêt, mais à une promesse de prêt, en ce qui concerne les sommes restant dues.

Dès lors il se posera à l'égard de l'apport un problème de recouvrement des sommes promises par l'apporteur, alors qu'un tel problème n'aura que des applications exceptionnelles en matière de prêt en raison du caractère réel de ce dernier contrat.

Pour assurer la réalisation du versement intégral des sommes dues par les associés, certaines règles légales particulières sont prévues en matière de société notamment en ce qui concerne les intérêts moratoires (3) et dans les sociétés anonymes ces règles viennent s'ajouter aux facilités conventionnelles de recouvrement des apports en numéraire que prévoient généralement les statuts, sous la forme notamment de clauses d'exécution en bourse des actions non libérées par les souscripteurs dans le délai fixé (4).

Le domaine d'application du délit d'usure donne également tout son intérêt à la distinction du prêt et de l'apport (5). En effet si le décret-loi du 8 août 1935 a pénalement sanctionné les prêts conventionnels intervenus « à un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques », ce texte présentant un caractère répressif doit par conséquent être interprété restricti-

123. — (3) V. *infra* n° 253.
(4) V. *infra* n° 254.
(5) Beudant, *Cours de droit civil*, t. XII, n° 259.

vement. Il ne recevra donc aucune application en matière d'apport, à moins que les parties n'aient cherché à dissimuler sous l'apparence d'une opération d'apport un véritable prêt à un taux usuraire. Il appartiendrait alors aux tribunaux de restituer à l'acte intervenu sa véritable nature : pour déterminer celle-ci ils ne doivent pas en effet se référer à la qualification donnée au contrat par les parties, mais rechercher dans les éléments de la cause, si les contractants ont entendu réaliser un apport ou au contraire un prêt (6).

Si le prétendu apport se révélait n'être qu'un prêt dissimulé, les sanctions de l'usure pourraient éventuellement lui être appliquées. Au contraire si l'opération présentait bien les caractéristiques de l'apport, elle échapperait complètement aux dispositions relatives aux taux d'intérêt usuraires. En matière d'apport les parties sont libres de fixer comme elles l'entendent les droits sociaux reconnus à l'apporteur et notamment la part de celui-ci dans les bénéfices. Leur liberté ne trouve d'obstacle que dans la prohibition des sociétés léonines : on ne peut pas priver un apport de toute rémunération (7), ni par conséquent attribuer à un apporteur la totalité des bénéfices de la société.

Le fait qu'en cas d'apport de numéraire l'apporteur se voie conférer la qualité d'associé et non celle de créancier entraîne une autre différence très importante entre l'apport et le prêt, en ce qui concerne la manière dont la personne qui a versé les fonds touchera la rémunération de cette prestation et se verra restituer lesdits fonds au terme fixé. En ce qui concerne en effet les intérêts stipulés dans le contrat de prêt, le prêteur se verra reconnaître les droits d'un créancier chirographaire et même le cas échéant hypothécaire. Au contraire la participation de l'apporteur aux bénéfices est subordonnée à l'existence de ceux-ci, c'est-à-dire à un excédent de l'actif social sur le passif.

De même, tandis que le prêteur pourra exiger à l'expiration du délai prévu le remboursement de la somme prêtée, l'apporteur de numéraire ne pourra en règle générale reprendre son apport lors de la dissolution de la société que s'il reste un actif suffisant après complet paiement des créanciers sociaux.

124. — La situation de l'apporteur de numéraire apparaissant ainsi beaucoup plus aléatoire que celle d'un prêteur, la pratique a cherché à rapprocher, dans une certaine mesure, l'apport du prêt à intérêt. Dans ce but la distinction des apports en propriété et des apports en jouissance a été étendue à l'apport de numéraire. Et ainsi il apparut possible d'assurer de manière efficace aux apporteurs la restitution des sommes mises par eux à la disposition de la société en stipulant que ces sommes étaient

123. — (6) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n°. 53; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 67.

(7) V. *supra* n° 53.

l'objet d'un apport en jouissance, et non, comme c'est le cas normalement, d'un apport en propriété.

La validité de l'apport de numéraire en jouissance n'a cependant pas été admise sans réticence. En effet lorsqu'un tel apport est effectué par une personne dont la responsabilité est limitée à l'apport qu'elle fournit, on a fait valoir qu'on aboutissait alors à exonérer l'apporteur de toute participation aux pertes et que par conséquent l'apport de numéraire ne pouvait avoir lieu qu'en propriété (1) .

Mais cette conception intransigeante méconnait l'article 1851 du Code civil, dans lequel le législateur prévoit explicitement l'apport en jouissance de choses fongibles (2). Aussi certains auteurs, désireux de limiter les effets de l'apport de numéraire en jouissance, admettent-ils la validité de la clause prévoyant un tel apport mais en atténuent considérablement la portée. C'est ainsi que Ed. Thaller (3), après avoir reconnu « qu'incontestablement la mise de fonds en société à titre de jouissance est licite », se refuse cependant à admettre que l'apporteur en jouissance acquiert dans ce cas une créance en restitution contre la société, lui permettant, lorsqu'il est un commanditaire, d'exercer en cas d'insuffisance de l'actif social un recours contre les associés indéfiniment responsables.

Pour Ed. Thaller, le seul effet de l'apport de numéraire en jouissance est de permettre à l'apporteur de prélever lors de la liquidation le montant de son apport *avant les autres associés, mais après désintéressement des créanciers*. Dans ces conditions l'apport en jouissance échappe à la critique qu'on lui adresse, de ne pas faire participer l'apporteur aux pertes. En effet selon cette conception, lorsque les dettes envers les créanciers sociaux absorbent entièrement l'actif, l'apporteur en jouissance ne peut effectuer aucun prélèvement et il n'a aucun recours contre les associés indéfiniment responsables quand il en existe.

Cette solution s'impose, d'après Ed. Thaller, car reconnaître à l'apporteur en jouissance d'une somme d'argent une créance contre la société, sur pied d'égalité avec les créances des personnes ayant conclu des contrats avec cette société, c'est faire perdre à l'apporteur la qualité d'associé, puisqu'il se voit garantir la restitution de sa mise et qu'il ne court que le risque de voir son argent demeurer improductif (4). Or pour Ed.

124. — (1) Note anonyme sous Amiens, 26 mai 1906, S. 1909. II. 9.

(2) V. *supra* n° 122.

(3) Note D.P. 1907. II. 25.

(4) Sans doute court-il également le risque de ne pas pouvoir reprendre la totalité de son capital, en cas de faillite ou d'insolvabilité de la société. Mais il ne s'agit là que d'un risque inhérent à toute créance chirographaire et que l'on ne saurait considérer comme une participation aux pertes, au sens où l'on entend cette expression en ce qui concerne les associés.

Thaller l'aléa ainsi couru est un simple manque à gagner, l'improductivité de la somme fournie n'étant pas une perte mais une simple « déception dans le rapport espéré du capital ». Pour participer véritablement aux pertes de la société, condition exigée par l'article 1855 du Code civil, le commanditaire ou l'actionnaire doit, selon cette conception, consentir à abandonner tout ou partie de sa mise aux créanciers sociaux lorsque la situation financière de la société l'exige. La clause d'apport de numéraire en jouissance ne pourrait donc conférer à l'apporteur les droits d'un créancier, mais uniquement ceux d'un *associé privilégié,* pouvant reprendre son apport préalablement aux autres associés, tout en étant d'autre part nécessairement primé par les créanciers sociaux.

Cette conception a trouvé un écho dans un arrêt de la Cour d'Amiens du 26 mai 1906 (5), confirmant avec adoption de motifs un jugement du Tribunal de commerce de Beauvais du 6 décembre 1905, qui avait considéré « qu'un commanditaire ne peut être admis au passif d'une société tant que les créanciers ne sont pas désintéressés et ne peut pas produire en concurrence avec eux », même s'il a effectué en jouissance son apport de numéraire.

Mais ces décisions sont demeurées isolées, et la majorité des arrêts s'est prononcée pour la validité de l'apport de numéraire en jouissance, en reconnaissant à cet apport sa véritable nature d'acte conférant à l'apporteur une *créance en restitution du montant de son apport.* La Cour de cassation a en effet estimé (6) que l'apport en jouissance ainsi entendu n'était pas contraire à l'article 1855 du Code civil puisque cet apport, ne concernant que la jouissance du capital, expose l'associé qui l'effectue à la perte des intérêts des sommes qu'il a avancées et que par conséquent sa mise toute entière risque d'être perdue.

En effet il est permis de considérer que le raisonnement de Ed. Thaller « est vicié par une confusion » (7). Lorsque cet auteur considère que l'apporteur en jouissance sauve en tout état de cause « le principal de sa mise », il méconnait le fait que, par hypothèse même, le capital est dans ce cas exclu de la mise, qui ne comporte que la jouissance (8).

124. — (5) D.P. 1907. II. 25, note Thaller, S. 1909. II. 9.

(6) Cass. req. 2 avril 1889, S. 1909. II. 9 (en sous-note); Cass. req. 20 déc. 1893, D.P. 1894. I. 224; Cass. req. 21 avril 1915, S. 1922. I. 166 (en sous-note); Cass. req. 1er fév. 1921. S. 1922. I. 166.

(7) R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives,* thèse, Lille 1928, p. 29.

(8) On peut du reste remarquer que le raisonnement de Ed. Thaller, si l'on en déduisait toutes les conséquences logiques, aboutirait à empêcher l'apporteur de la jouissance d'un *corps certain* de reprendre son bien à la dissolution de la société avant le paiement des créanciers sociaux.

Quand l'apporteur entend s'obliger sur la propriété de la chose, il s'expose à perdre son capital comme ses revenus. Au contraire quand l'apporteur stipule qu'il ne s'oblige qu'en ce qui concerne la jouissance, il soustrait alors le capital aux risques sociaux : *le capital n'est pas compris dans l'apport.* Perdre son apport, c'est pour l'associé, dans cette hypothèse, perdre la jouissance du capital mis en société sans en retirer aucun avantage et c'est à cette situation qu'est exposé l'apporteur de numéraire en jouissance (9), puisqu'au cas où la société ne fera pas de bénéfices il aura été privé de la disposition des sommes apportées sans que cela ne lui procure en fin de compte aucun profit. (10)

125. — Mais encore faut-il, pour que l'apport en jouissance soit licite que ce risque de perte du revenu apparaisse réel. Et l'on doit dès lors envisager le problème de la validité de l'apport en jouissance d'une somme d'argent, lorsqu'il est accompagné d'une *clause d'intérêts fixes.* Cette question s'est posée en jurisprudence et l'on rencontre sur ce point deux décisions en sens contraire : la première est l'arrêt déjà cité de la Cour d'Amiens du 26 mai 1906, la seconde, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1er février 1921 (1).

Dans l'espèce soumise à la Cour d'Amiens un commanditaire avait fait apport de la jouissance d'une somme de 50.000 francs, en se réservant la reprise de ce capital à titre de créancier et les intérêts à 5 % par an de ce capital, intérêts garantis quelles que soient les circonstances. La Cour d'Amiens, considérant que dans ces conditions l'associé ne participait pas aux pertes, ne lui permit pas d'être admis, comme créancier ordinaire , à la faillite de la société et cela ni en ce qui concerne le capital, ni en ce qui concerne les intérêts fixes. Si cet arrêt

124. — (9) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 102 et note 2 de la p. 135; rappr. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 30 *bis.*

(10) Si l'on doit ainsi admettre la validité de l'apport de numéraire en jouissance, il n'en demeure pas moins que l'on se heurtera à certaines difficultés lorsqu'il s'agira d'évaluer un tel apport en vue de fixer le montant pour lequel il figurera dans le capital social. Ces difficultés seront particulièrement nombreuses dans les Sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes du fait de l'importance prise par la notion de capital dans ces sociétés. Il apparaît tout d'abord certain que l'apport de numéraire en jouissance ne peut figurer dans le capital social pour la valeur nominale des sommes sur lesquelles il porte, car autrement il en résulterait un préjudice pour les créanciers sociaux. Il faudra donc évaluer la valeur du droit de jouissance conféré à la société. Dès lors, dans les sociétés anonymes, l'apport en jouissance de sommes d'argent devra suivre le régime des apports en nature et non celui des apports de numéraire et sera notamment soumis à la procédure de vérification (R. Hautcœur, thèse précitée, p. 60 et 61).

125. — (1) S. 1922. I. 166.

mérite, pour les raisons qui ont été précédemment indiquées, d'être critiqué du fait qu'il a refusé à l'apporteur le droit de reprendre son capital, on doit par contre l'approuver d'avoir écarté le jeu de la clause d'intérêts fixes en cette matière.

L'arrêt de la Cour de cassation du 1er février 1921 a été rendu dans une espèce analogue, puisqu'il s'agissait également d'un apport en jouissance effectué par un commanditaire et assorti d'une clause d'intérêts fixes. De plus, stipulation particulièrement dangereuse pour les créanciers sociaux, la restitution du capital apporté était garantie par une hypothèque sur les immeubles du commandité. Le litige portait sur le point de savoir si dans ces conditions le commanditaire participait aux pertes : la Cour de cassation a estimé que l'apport en jouissance et sa garantie hypothécaire étaient valables, attendu que le commanditaire « courait le risque de ne rien retirer de l'intérêt de ses fonds » et que les évènements avaient prouvé que ce risque était sérieux puisqu'en fait il n'avait pas touché les intérêts de son capital.

De cette constatation de la Cour de cassation, on a conclu (2) que dans l'espèce soumise à cette haute juridiction, l'intérêt fixe stipulé par les statuts était seulement susceptible d'être prélevé sur les bénéfices et ne constituait pas une charge de la société à inscrire aux frais généraux. Cela n'est pas certain. L'arrêt ne dit pas expressément quelle était la portée en l'espèce de la clause d'intérêts fixes et l'on ne saurait se fonder sur le fait que l'apporteur n'avait touché aucun revenu, pour déclarer que l'intérêt fixe n'était pas en l'espèce imputable au compte « Frais généraux ».

En effet il est à remarquer que dans ce litige la société était en état de faillite : or aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation (3), si la clause d'intérêts fixes prélevés sur les frais généraux est valable et doit s'exécuter alors même que la société n'a pas réalisé de bénéfices, cette clause ne peut avoir effet en cas d'insolvabilité ou de faillite de la société.

L'on peut donc se demander si dans l'espèce soumise à la Cour de cassation en 1921, il ne s'agissait pas d'une clause d'intérêts fixes, permettant un prélèvement à titre de frais généraux, mais dont le jeu avait été empêché par la faillite de la société. La Cour n'a pas eu directement à se prononcer sur la validité de cette clause, puisque l'apporteur n'en demandait pas l'exécution et se bornait à réclamer la restitution de son apport en jouissance, ce qui lui a été à juste titre accordé. Mais il est permis de penser qui si l'apporteur en jouissance avait, comme dans l'hypothèse soumise à la Cour d'Amiens, demandé le paiement de l'intérêt fixe, il aurait été débouté, non seulement dans

125. — (2) R. Hautcœur, thèse précitée, p. 49.
(3) Cass. civ., 8 mars 1881, S. 1881. I. 257.

l'hypothèse de faillite ou d'insolvabilité de la société, mais simplement en l'absence de bénéfices. Puisqu'en effet dans l'apport en jouissance, l'apporteur ne participe aux pertes qu'en étant privé le cas échéant des revenus de son capital, encore faut-il qu'il assume pleinement ce risque : la stipulation d'une clause d'intérêts fixes prélevés sur les frais généraux apparait ainsi illicite lorsqu'elle accompagne un apport en jouissance. (4)

Il est en effet logique de décider qu'une telle clause ne peut être stipulée qu'au profit d'un apporteur de numéraire en propriété, la participation aux pertes de cet associé étant assurée par le fait qu'il sera primé par les créanciers sociaux quand il demandera la restitution de son apport lors de la liquidation de la société.

Ainsi se trouve maintenue la nécessaire distinction entre le prêt avec participation aux bénéfices et l'apport. Au contraire si l'on admettait que l'apporteur puisse se voir reconnaître à la fois une créance en restitution de son capital et une créance en paiement d'un intérêt fixe, on aboutirait à ramener dans ce cas presque complètement l'apport au prêt à intérêt. Et cela ne peut être admis : l'apporteur en jouissance, étant un associé et comme tel tenu de supporter une fraction des pertes sociales, ne saurait valablement essayer, par un moyen détourné, telle une clause d'intérêts fixes, d'assurer à son apport une rémunération dans toute éventualité.

*
* *

De même que l'apporteur de numéraire en jouissance participera aux pertes en s'exposant à voir son capital privé de tout revenu, de même l'apporteur en industrie assumera cette participation en risquant de ne retirer aucune rémunération des efforts qu'il aura fournis ou de l'activité qu'il aura déployée au profit de la société. Par là sa situation se distinguera de celle d'une personne qui effectue une prestation de travail dans le cadre d'un louage de services.

125. — (4) RIPERT, *Dr. com.*, n° 681.

CHAPITRE QUATRIEME

L'apport en industrie

étudié par comparaison avec le louage de services et le contrat d'entreprise

---

126. — Le contrat de droit commun auquel on pense en premier lieu, lorsque l'on cherche à rapprocher l'apport en industrie d'une convention usuelle, est le louage de services. En effet dans les deux cas une personne fournit un certain travail et la différence essentielle entre les deux hypothèses réside ici encore dans le mode de rémunération de celui qui effectue la prestation. La substitution des droits sociaux au salaire permet de caractériser l'apport en industrie et l'importance de cette substitution est particulièrement grande car elle fait disparaître le lien de subordination qui est le trait essentiel du contrat de travail. Au contraire la substitution envisagée n'affecte en rien le caractère successif du louage de services, ledit caractère se retrouvant intégralement dans le cas d'un apport en industrie.

§ 1. — L'ABSENCE DE LIEN DE SUBORDINATION EN MATIÈRE D'APPORT EN INDUSTRIE

127. — Lorsque la question s'est posée de distinguer le louage de services de conventions voisines et notamment du contrat d'entreprise, la doctrine (1) et la jurisprudence (2) ont considéré que le critère permettant de caractériser le louage de services devait être recherché dans la notion de subordination juridique du travailleur à celui qui bénéficie de la prestation de travail. En même temps on remarquait que le louage de services comportait une continuité dans le travail fourni que l'on ne

127. — (1) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, n° 772; Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, n° 1084.

(2) V. notamment Cass. civ., 6 juil. 1931, S. 1932. I. 16 : « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».

retrouve pas normalement dans le contrat d'entreprise (3). Cette continuité existe dans l'apport d'industrie, et c'est pourquoi l'on songe généralement à le rapprocher du louage de services.

Mais la question se pose alors de savoir s'il existe en matière d'apport en industrie un lien de subordination comparable à celui qui naît du contrat de travail. La négative s'impose. En effet le contrat de société comporte nécessairement l'existence d'un certain *affectio societatis,* c'est à dire pour reprendre l'excellente expression de P. Pic « une collaboration active, consciente et *égalitaire* de tous les contractants » (4). Certes l'égalité entre les associés est loin d'être toujours absolue. Un gérant de société en nom collectif ou à responsabilité limitée a des pouvoirs plus étendus que ses coassociés. De même dans une société en commandite, le commanditaire se voit interdire une immixtion dans les affaires sociales.

En fait sont seulement interdits aux commanditaires les actes de gestion externe qui les mettraient en rapport avec les tiers : au contraire des actes de gestion interne, tels que conseils aux commandités ou contrôle des opérations sociales, leur sont parfaitement permis (5). Et la reconnaissance du droit d'accomplir au moins ces actes de gestion interne doit être considérée comme permettant, au même titre que la participation aux pertes, de distinguer l'associé de l'employé intéressé aux bénéfices (6). Le critère tiré des pouvoirs de gestion l'emportera du reste souvent sur celui de la participation aux pertes, car précisément l'absence de contribution aux pertes pourra n'être que le résultat d'une clause léonine : l'existence de pouvoirs de gestion permettra alors de qualifier exactement le contrat et de le considérer comme une société, même si les parties lui ont donné une qualification différente.

Dans l'attribution de droits sociaux qui lui est faite, l'apporteur en industrie trouve ainsi un droit d'ingérence dans les affaires sociales, un droit de contrôle et de critique, qui apparaît incompatible avec le lien de subordination qui existe en matière de louage de services (7). On ne retrouve donc pas l'équivalent de ce lien de subordination en matière d'apport en industrie.

C'est en ce sens que se prononce la doctrine. Les auteurs considèrent à très juste titre que la simple admission de salariés à participer aux bénéfices d'une entreprise ne constitue en règle

127. — (3) Colin et Capitant, *op.* et *loc. cit.*

(4) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 72.

(5) Ripert, *Dr. com.*, n° 771. — Rappr. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n^{os} 318 et s.

(6) Rappr. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 82.

(7) Hautcœur, *Les apports à prestations successives ou continues*, thèse, Lille 1928, p. 58.

générale qu'une modalité du salaire (8). Pour enlever au louage des services son caractère spécifique, il est nécessaire de faire disparaître le lien de subordination qui unit le salarié à l'employeur et cette disparition ne devient effective que si l'on admet la personne qui effectue la prestation de travail au nombre des associés, en lui appliquant les principes du *jus fraternitatis* qui régit les rapports entre membres d'une société. De ce fait l'apport en industrie concernera le plus souvent des fonctions de direction (9) ou tout au moins des fonctions qui confèrent à leur titulaire une certaine indépendance, celles d'ingénieur par exemple.

127 bis. — L'absence de lien de subordination dans le cas de l'apport en industrie entraine un certain nombre de conséquences. Tout d'abord en effet c'est le lien de subordination existant entre un employeur et un salarié qui est la condition nécessaire d'application de la législation dite « sociale ». (1) Pour cette raison il parait logique de décider qu'un apporteur en industrie ne bénéficiera pas d'une telle législation.

D'ailleurs un certain nombre de problèmes, qui se posent avec acuité en matière de contrat de travail, sont par hypothèse exclus du domaine de l'apport en industrie. Ainsi la question du délai-congé n'intervient pas en ce qui concerne l'apport d'industrie. Si le contrat de société a été conclu pour une durée indéterminée, la volonté unilatérale d'un des associés pourra mettre fin à la société et il n'y aura lieu à dommages-intérêts que si cette décision intervient de manière abusive et à contre-temps (2).

Mais il est certains textes de la législation sociale qui ne sont pas inapplicables à l'apport en industrie par la nature même des choses. C'est alors que l'on doit recourir à l'idée d'absence de lien de subordination entre l'apporteur d'une part et ses coassociés ou la société d'autre part, pour écarter ces textes du domaine de l'apport en industrie. L'affiliation de l'apporteur en industrie à la Sécurité sociale en qualité de salarié apparait notamment impossible. Certes on ne peut méconnaître que la Cour de cassation (3) a considéré que le président directeur général d'une société anonyme, rémunéré pour l'exercice de ses fonctions, devrait être considéré au regard des lois sur la Sécurité sociale comme employé par ladite société. Cepen-

127. — (8) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, nos 82 et 83.

(9) Ripert, *Dr. com.* n° 635.

127 *bis*. — (1) Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, nos 1083 et 1084.

(2) Cf. art. 1869 et 1870 C. civ.; Houpin et Bosvieux, *Soc.* t. I, n° 222; Ripert, *Dr. com.*, n° 689.

(3) Cass. soc. 19 juill. 1951, J.C.P. 1951. II. 6414, note B.H.; D. 1952, J. 1, note G. Ripert.

dant plus récemment la Cour régulatrice (4), statuant toujours en matière de Sécurité sociale mais cette fois-ci à l'égard de l'affiliation de gérants de sociétés à responsabilité limitée, a adopté une solution très nuancée indiquant nettement qu'il fallait examiner dans chaque hypothèse les pouvoirs réels du gérant de manière à déterminer s'il existait à son égard un lien de subordination le rattachant à la société. L'apport en industrie excluant, par définition même, tout lien de subordination entre l'apporteur et la personne morale ne paraît donc pas être à lui seul un motif suffisant d'assujettissement à la Sécurité sociale de l'associé qui l'effectue.

127 ter. — C'est également l'absence de lien de subordination en matière d'apport en industrie qui commande en grande partie la solution qui doit être donnée au problème de savoir si un commanditaire peut effectuer un tel apport. Certains auteurs, se fondant sur l'interdiction faite au commanditaire de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, en ont déduit qu'il était impossible à cet associé d'effectuer un apport en industrie (1).

Une telle solution peut paraître à première vue rigoureuse, car si dans sa rédaction de 1808 l'article 27 du Code de commerce défendait au commanditaire de « s'employer au profit de la société », cette disposition a été abrogée par la loi du 6 mai 1863. Le commanditaire peut donc exercer dans la société une fonction, même d'une certaine importance, telle que celle de caissier, d'ingénieur, voire de directeur technique (2), en vertu d'un contrat de louage de services.

Il est donc permis de se demander si la rémunération prévue par le contrat de travail ne peut pas être remplacée par l'attribution de droits sociaux et si le commanditaire ne peut pas faire un apport en industrie, tout en respectant l'interdiction qui lui est faite de s'immiscer dans la gestion de la société. On peut toutefois estimer que si l'on permet aujourd'hui au commanditaire d'être employé par la société, c'est précisément parce que le louage de services crée un lien de subordination entre la société et le commanditaire, ce lien de subordination devant être suffisamment apparent pour que les tiers ne puissent pas être induits en erreur. Comme l'apport en industrie empêche par sa nature même tout lien de subordination d'exister entre le gérant et l'apporteur, il pourrait paraître logique d'interdire un tel apport au commanditaire.

127 bis. — (4) Cass. soc., 17 juillet 1952 (3 arrêts) et 28 juill. 1952 (2 arrêts), D. 1953, J. 33, note RIPERT.

127 *ter*. — (1) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 302 ; RIPERT, *Dr. com.*, n° 764.

(2) Cf. P. PIC, *La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion des sociétés...*, D.H. 1933, chr. p. 21 et s.

En effet si les parties décident l'existence d'un lien de subordination entre l'apporteur et le gérant de manière à éviter que les tiers ne puissent engager la responsabilité illimitée du commanditaire, dans cette hypothèse le contrat ne peut être qualifié de contrat de société, car il méconnait le principe fondamental du *jus fraternitatis* régissant les rapports entre associés. Et si au contraire, respectant le *jus fraternitatis,* le commandité et le commanditaire renoncent à l'établissement d'un lien de subordination, l'apport d'industrie fait par le commanditaire risque de constituer l'immixtion dans les affaires sociales, interdite par la loi à cet associé.

Ces constatations ne permettent cependant pas de conclure à l'impossibilité absolue pour le commanditaire d'effectuer un apport en industrie. Elles montrent seulement qu'un tel apport ne pourra intervenir dans ce cas qu'exceptionnellement. Généralement en effet l'apport en industrie aboutirait s'il était effectué par un commanditaire à une immixtion de celui-ci dans la gestion des affaires sociales, immixtion se heurtant à la prohibition de l'article 27 du Code de commerce : il en serait ainsi notamment si l'apport en industrie portait sur des fonctions de direction. Par contre lorsqu'un tel apport concernera des connaissances techniques utiles à la société, il semble qu'il n'y ait aucune raison d'empêcher un commanditaire de l'effectuer (3).

Le domaine d'application possible de l'apport en industrie se trouve ainsi fort limité en ce qui concerne les commanditaires. Et à cette première limitation s'en ajoutent d'autres qui tiennent au caractère successif de cet apport.

§ 2. — LE CARACTÈRE SUCCESSIF DE L'APPORT EN INDUSTRIE

128. — Comme la personne qui accepte de fournir son travail dans le cadre d'un louage de services, l'apporteur d'industrie, s'engageant à consacrer son activité au profit de la société, contracte une obligation de caractère successif (1). Pendant une période qui coïncidera généralement avec la durée de la société, mais qui pourrait être fixée par les statuts à une durée moindre, cet apporteur devra faire bénéficier la société, de manière continue, des services qu'il a promis de lui fournir. On peut en effet dire, avec un auteur, que chaque fois qu'une obligation de caractère successif naît à la charge d'un associé, « si l'on considère un instant quelconque de la durée pour

127 *ter.* — (3) Cf. Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 502.

128. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 44; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n^{os} 365 et 689.

laquelle il s'était engagé, on le trouve occupé à accomplir son obligation » (2). Dès lors c'est à l'expiration du contrat, mais à ce moment là seulement, que la société aura épuisé la substance de la prestation à caractère successif et que l'associé sera libéré de toute obligation envers elle (3). L'apporteur d'industrie retrouvera à la dissolution de la société la possibilité d'exercer librement son activité dans le domaine de son choix (4), mais jusque là il sera tenu d'employer cette activité à l'accomplissement du travail promis.

Le caractère successif de l'apport en industrie, qui apparait ainsi indiscutable, a d'importantes conséquences en ce qui concerne l'admission d'un tel apport dans les sociétés anonymes et à responsabilité limitée. En effet la question qui se pose ici, comme elle se pose en matière d'apport en jouissance (5), est celle de savoir si l'apport d'industrie est compatible avec le principe légal de libération immédiate des actions (autres que celles de numéraire) et des parts de société à responsabilité limitée. Or du fait que le caractère successif de l'apport en industrie est beaucoup plus prononcé que celui de l'apport en jouissance (6), *l'incompatibilité apparait complète entre ce caractère successif et l'exigence d'une libération immédiate des apports* (7).

Mais si cette solution a été admise sans discussions importantes en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée (8), une vive controverse s'est au contraire élevée en matière de sociétés anonymes au sujet de la nature juridique des « *actions industrielles* » créées par ces sociétés en rémunération d'apports en industrie. La situation est devenue encore plus complexe à la suite de la loi du 26 avril 1917 qui, en instituant les sociétés anonymes à participation ouvrière a prévu des « actions de travail ».

A la différence des actions de travail, qui, comme un prochain développement le montrera, sont attribuées globalement

128. — (2) R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives ou continues*, thèse, Lille, 1928, p. 8.

(3) R. Hautcœur, thèse précitée, p. 9.

(4) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 44.

(5) V. *supra* n° 115.

(6) V. *supra* n° 117.

(7) Il a été soutenu que les notions d'apports à prestations successives et de libération immédiate des apports ne seraient pas incompatibles, la libération immédiate consistant en matière d'apport à prestations successives dans l'accomplissement régulier des obligations de l'apporteur. Cette conception a été étudiée et critiquée *supra* n° 115.

(8) Sur l'impossibilité d'effectuer un apport en industrie rémunéré au moyen de parts sociales dans une société à responsabilité limitée, v. Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 170; Rousseau, *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, n° 40; Lyon, 29 mars 1935, *Sem. jur.*, 1935, p. 981; Trib. com. Valenciennes, 12 févr. 1935, *Sem. jur.*, 1935, p. 557.

à une société coopérative de main-d'œuvre, les actions industrielles sont des titres créés pour rémunérer la prestation de services qu'une personne promet d'effectuer au profit de la société. Le problème qui se pose est de savoir si ces titres constituent de véritables actions.

La majorité de la doctrine (9) s'est prononcée pour la négative, se refusant à admettre qu'une attribution d'actions faisant partie du capital social vienne rémunérer un apport en industrie. Cette solution s'appuie à titre principal sur le fait que les apports en industrie n'étant pas susceptibles de réalisation immédiate ne sauraient constituer un gage suffisant pour les créanciers sociaux (10). Les apports en industrie ne peuvent donc être rémunérés que par des titres donnant seulement droit à une part des bénéfices sociaux et si l'on attribue le nom d'actions industrielles à ces titres, c'est en employant une terminologie erronée. Les prétendues actions industrielles ne constituent que des parts bénéficiaires (11).

Ce point de vue a été fortement critiqué par P. Pic (12). Cet auteur constate que le législateur a placé l'apport en industrie sur le même plan que les autres apports. L'article 1833 du Code civil étant suffisamment explicite sur ce point, le législateur considérerait par conséquent que l'apport en industrie est susceptible d'évaluation pécuniaire comme les apports en nature *stricto sensu*. Et P. Pic d'indiquer qu'il n'est en pratique pas plus difficile d'évaluer en argent l'apport technique effectué par un ingénieur que l'apport d'un brevet par exemple. D'autre part l'apport en industrie donne une plus-value à l'entreprise. Cette plus-value peut s'apprécier en argent et il semble injuste de décider que les titres remis en rémunération de l'apport en industrie ne conféreront aucun droit sur un actif social que cet apport a pourtant contribué à constituer.

Ce raisonnement amène P. Pic à considérer que les actions industrielles doivent être complètement assimilées à des actions d'apport, qu'elles confèrent les mêmes droits permettant notamment à l'apporteur d'assister aux assemblées d'actionnaires et de participer à une répartition éventuelle de l'actif social. En

128. — (9) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 365 ; Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 415; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 640; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 656; Escarra, *Cours*, n° 716; Ripert, *Dr. com.*, n° 968.

(10) V. notamment Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 415; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 640 : « Le mot capital ne comprend que les valeurs susceptibles d'être inventoriées et de former un gage pour les créanciers. Comment y intégrer de simples services ? ».

(11) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 365; Ripert, *Dr. com.*, n° 968.

(12) Pic (et Kréher),*Soc. com.*, t. II, n° 801. — Rappr. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 560-2 : « On ne voit pas ce qui peut empêcher les actions industrielles de faire partie du capital social ».

contre-partie ces titres sont soumis aux mêmes restrictions que les actions d'apport en ce qui concerne leur négociation pendant les deux premières années qui suivent la réalisation de l'apport.

Mais précisément cette assimilation des actions industrielles aux actions d'apport, qui constitue le seul moyen de faire considérer les premières comme partie intégrante du capital social, constitue le point sur lequel la théorie de P. Pic est facilement critiquable. En effet cet auteur fait complètement abstraction du principe selon lequel les actions d'apport doivent aux termes de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifié en 1893, être immédiatement libérées. Or il apparait que les apports en industrie ne permettent pas cette libération immédiate.

Cette raison constitue l'argument majeur contre l'assimilation de l'apport en industrie et des apports en nature *stricto sensu* en matière de société anonyme : elle a été mise en évidence par un arrêt de la Cour de Caen du 26 juin 1912 (13) qui, en des attendus particulièrement nets, refuse à l'apport en industrie, à cause de son caractère successif et conditionnel, la possibilité de contribuer à former le capital d'une société anonyme. La Cour de Caen déclare nulle, pour violation d'une règle d'ordre public, la société anonyme dont le capital comprend des actions rémunérant un apport en industrie et par là cette juridiction condamne implicitement la solution admise par quelques auteurs (14) et selon laquelle les statuts d'une société pourraient au moyen d'une clause expresse rémunérer un apport en industrie par l'attribution d'actions faisant partie du capital social. La validation d'une clause statutaire de cette nature ferait perdre toute portée au principe légal de libération immédiate des actions autres que les actions de numéraire. Ce principe doit être considéré comme étant d'ordre public et c'est en ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt de la Cour de Caen.

129. — Toutefois ce que le législateur a édicté, il peut le modifier. Et souvent, sous la pression de l'évolution politique, il apportera des tempéraments à des principes bien établis. Le problème des relations du capital et du travail a toujours été un des points essentiels de discussion et de controverse à l'époque moderne. La théorie classique concernant les actions industrielles a pu paraître à certains rétrograde au point de vue social et économique. Certes sous l'angle de la technique juridique, cette théorie est irréprochable. De par la structure même de la société anonyme française, le travail doit être exclu du capital social. Or beaucoup de ceux qui se sont préoccupés de l'amé-

128. — (13) Caen, 26 juin 1912, D.P. 1914. II. 161, note PALMADE, S. 1918-19. II. 49, note BOURCART; dans le même sens : Paris, 11 mai 1934. J. Soc. 1937, 103.

(14) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com., 4e édition,* t. II-1, n° 560.

lioration du sort des classes laborieuses ont cherché à réaliser cette amélioration par « l'actionnariat ouvrier ». De multiples projets parfois utopiques ont été ébauchés. L'un d'entre eux a abouti à la loi du 26 avril 1917 qui a ajouté un titre VI à la loi du 24 juillet 1867 en créant une nouvelle catégorie de sociétés : la *société anonyme à participation ouvrière*.

Le succès de cette formule n'a pas été très grand, malgré les faveurs fiscales que le législateur a accordé à ces sociétés dans le dessein de faciliter leur création. La société à participation ouvrière se caractérise par l'existence de deux catégories d'actions, les actions de capital et les actions de travail. Celles-ci ne font pas partie du capital de la société. Elles sont attribuées gratuitement aux employés et ouvriers de l'entreprise, mais elles ne leur sont pas remises individuellement et certains auteurs (1) voient là une raison de l'échec de la loi de 1917.

Les actions de travail sont en effet attribuées collectivement au personnel salarié de l'entreprise, constitué en société coopérative de main-d'œuvre. Ces titres sont par ailleurs frappés d'inaliénabilité. La loi réglemente avec soin l'administration de la société et les droits respectifs des deux catégories d'actions : les actions de capital ont droit à un premier dividende correspondant à l'intérêt des sommes versées et par ailleurs, au cas de dissolution de la société, l'actif social n'est réparti entre toutes les actions qu'après l'amortissement intégral du capital social, c'est-à-dire la répartition aux actions de capital d'une somme correspondant à leur valeur nominale.

Les actions de travail donnent donc par rapport aux actions de capital des droits plus réduits : leur analogie avec des actions de jouissance est frappante. Sont-elles même des actions ? La question a été discutée mais doit être résolue par l'affirmative. L'intention du législateur est en effet que les titres créés au profit des salariés soient de véritables actions. Cette intention ressort nettement des travaux préparatoires de la loi du 26 avril 1917 (2). Dans son rapport au Sénat, M. Deloncle s'exprime en effet en ces termes : « Nous ne voulons pas voir, dans le titre « prévu par la société à participation ouvrière en faveur du « personnel, une simple créance : ce personnel a, avec lui, un « apport, l'apport-travail ; cet apport établit l'*animus societatis* « qui fera de lui un associé de l'entreprise et de son titre une « action » (3).

Quant au rapporteur de la Chambre des députés, il déclare : « L'action de travail a le caractère d'une action véri-

129. — (1) ESCARRA, *Cours*, n° 951.

(2) RAPPORT de M. DELONCLE au Sénat le 26 octobre 1916, *J. Off.* 1916, Doc. parl. n° 386, p. 564; — rapport de M. L. DESCHAMPS à la Chambre des Députés le 30 mars 1917, *J. Off.*, 1917, Doc. parl. n° 3207, p. 428.

(3) *Sirey*, Lois annotées, 1917, p. 492.

« table. En réalité une action peut être la rémunération d'un « apport en nature, d'un service rendu à la société. La main- « d'œuvre constitue un apport des plus précieux puisqu'il est « indispensable au succès de l'entreprise. Il s'agit bien du reste « à tous égards d'une action proprement dite » (4).

Si le législateur de 1917 a tenu essentiellement à conférer ce caractère d'action aux titres attribués à la société coopérative de main-d'œuvre, c'était pour permettre aux représentants des salariés d'avoir accès aux assemblées générales et au conseil d'administration. Le rapport de M. Deschamps à la Chambre des députés indique en effet : « Nous considérons dans la pré- « sente proposition de loi beaucoup moins le dividende que « l'ouvrier touchera en plus de ses salaires que sa participa- « tion à la direction de l'entreprise. C'est là surtout que nous « voyons une innovation heureuse » (5).

Ainsi apparaît la différence la plus importante entre les actions de travail de la loi de 1917 et les actions industrielles du droit commun : alors que les premières donnent un droit de contrôle et de gestion dans la société, les secondes qui constituent en réalité des parts bénéficiaires ne permettent à leurs porteurs ni de participer aux délibérations de l'assemblée générale, ni d'être représentés en tant que tels au conseil d'administration.

Mais l'on ne saurait, comme le fait M. Pic, tirer argument de la loi du 26 avril 1917 pour reconnaître aux actions industrielles le caractère d'actions véritables. La loi de 1917 ne permet l'apport en industrie dans les sociétés anonymes en échange d'actions proprement dites que si l'on se soumet à la règlementation minutieuse et impérative des sociétés anonymes à participation ouvrière. De droit commun l'attribution d'actions en rémunération d'un apport en industrie demeure impossible. Et cela se conçoit car, dans la société anonyme à participation ouvrière, les tiers instruits de la véritable nature de la société ne risqueront pas d'être induits en erreur quant à l'étendue de leur gage, alors qu'ils le seraient dans une société anonyme ordinaire si l'on y autorisait la participation au capital social d'apports en industrie.

130. — Le problème de la rémunération des apports en industrie montre l'intérêt qu'il y aurait à permettre en droit français la création d'*actions ne représentant pas une partie du capital* (1). En l'état actuel de notre législation, cette création est impossible sauf dans l'hypothèse des actions de travail

129. — (4) *J.-Cl. Sociétés*, fascicule 173, n° 13.

(5) Passage cité par P. Pic, *Des sociétés anonymes à participation ouvrière*, J. Soc., 1917, p. 315.

130. — (1) Ripert, *Dr. com.*, n° 968. — V. *supra* n° 68.

créées par les sociétés à participation ouvrière. Dans les sociétés anonymes de droit commun, l'apport en industrie peut seulement être rémunéré par des titres qui, quelque soit le nom par lequel on les désigne, constituent au point de vue juridique des parts bénéficiaires (2). Mais il convient de ne pas exagérer les inconvénients résultant de l'impossibilité de créer des actions pour rémunérer ceux qui consacrent leur activité ou accordent leur crédit à une société anonyme. En effet les parts bénéficiaires sont susceptibles de représenter une valeur pécuniaire importante et de conférer des avantages appréciables.

Sans doute ces parts ne permettent-elles pas à leur porteur une participation active, en cette qualité, dans la gestion des affaires sociales. Mais au point de vue des avantages pécuniaires, les parts bénéficiaires ressemblent beaucoup aux actions de jouïssance. Or les actions dites de travail ont également des droits analogues à des actions de jouissance et, si le législateur français envisageait un jour la possibilité de créer en rémunération d'apports en industrie des actions ne faisant pas partie du capital social, ces actions présenteraient vraisemblablement les caractéristiques essentielles des actions de jouissance du droit actuel qui sont des titres ne bénéficiant ni de l'intérêt statutaire prévu pour les actions de capital, ni du droit, lors de la liquidation, à une somme correspondant à leur valeur nominale.

Ces deux caractères se retrouvent dans le régime des parts que peuvent créer les sociétés anonymes : ces titres ne participent aux bénéfices de la société qu'après l'attribution aux actions d'un premier dividende représentant l'intérêt du capital, d'autre part ces titres ne participent à la liquidation de l'actif social qu'après le remboursement du capital. Certes pour que les parts bénéficiaires aient des droits sur l'actif social lors de la dissolution de la société, une clause expresse des statuts est nécessaire. Mais cette clause est parfaitement licite.

Aussi comprend-on mal que P. Pic considère qu'en refusant aux actions industrielles la qualité d'actions véritables, on prive l'apporteur en industrie d'une participation à la plus-value donnée à l'entreprise par son activité (3). Les parts bénéficiaires pouvant se voir reconnaître par les statuts des droits tant sur les réserves constituées par la société, que sur l'actif social net qui subsistera à la dissolution de la société après paiement des créanciers et remboursement du capital, il est aisé de constater

130. — (2) De ce fait, l'apport en industrie dans les sociétés anonymes ordinaires ne constitue pas un apport en société au sens strict du mot, puisque, comme un développement précédent l'a montré (v. *supra* n° 67) la remise de parts bénéficiaires en rémunération d'une prestation constitue une opération voisine, mais distincte de l'apport.

(3) Pic (et Kréher), *Soc. com.*, t. II, n° 801.

que dans ce cas s'il y a plus-value les parts bénéficiaires sont susceptibles de s'en voir attribuer une importante fraction.

Par ailleurs, les sociétés anonymes ont la possibilité de convertir les parts en actions, dès lors qu'elles possèdent des réserves suffisantes pour permettre la libération des actions qui seront remises gratuitement aux porteurs de parts en échange de leurs titres. Ainsi les apporteurs en industrie qui auront reçu des parts bénéficiaires profiteront directement de l'accroissement du patrimoine social et de la bonne marche de l'entreprise, puisque cette évolution favorable des affaires sociales permettra de constituer les réserves qui serviront à libérer les actions qui leur seront remises en échange de leurs parts. Les porteurs des parts ainsi converties pourront alors participer à la gestion de la société. Les intérêts des tiers seront de ce fait sauvegardés : les apports en industrie ne seront incorporés au capital social que le jour où ils auront permis d'augmenter l'actif de la personne morale au moyen de valeurs sûres qui constitueront pour les créanciers un gage suffisant.

*
* *

Une variété particulière d'apport en industrie est constituée par les *soins et démarches* que les fondateurs d'une société anonyme ont consacré à la constitution de la personne morale. Comme tout autre apport en industrie, l'activité déployée par les fondateurs ne peut servir de gage aux créanciers sociaux ; elle n'a pas une valeur patrimoniale susceptible d'être comptabilisée comme élément d'actif au bilan de la société. Elle ne saurait dès lors constituer la contre-partie d'une attribution d'actions (4). Et il sera seulement possible de rémunérer le concours et l'activité des fondateurs au moyen de parts bénéficiaires.

On pourrait également être tenté de considérer comme une variété d'apport en industrie l'apport du nom ou du crédit commercial, qui est susceptible d'intervenir, notamment dans une société en nom collectif (5). Il paraît cependant préférable de faire de cet apport une catégorie particulière : l'apport en garantie. A la différence de l'apport d'industrie proprement dit, il ne présente en effet aucune analogie avec le louage de services ou le contrat d'entreprise, mais se rapproche au contraire d'un cautionnement.

130. — (4) Sur la nullité des *actions de prime* que l'on avait envisagées comme mode de rémunération des fondateurs, v. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 366; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 800.

(5) P. Pic, note sous Lyon, 15 mars 1935, D.P. 1938. II. 49 : « L'apport d'un crédit commercial est une variété généralement admise d'apport en industrie ». — Dans le même sens, Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 392.

CHAPITRE CINQUIEME

L'apport en garantie

étudié par comparaison avec le cautionnement

131. — Un apport d'une nature particulière peut être envisagé dans les sociétés de personnes. Il s'agit de l'apport en garantie, c'est-à-dire de l'*apport du nom et du crédit commercial* (1). Si l'on se place en effet dans le cadre d'une société en nom collectif, les membres d'une telle société peuvent avoir intérêt à voir se joindre à eux une personne ayant acquis dans la pratique des affaires une réputation de probité certaine. Comme le nom de cette personne figurera dans la raison sociale, les tiers ainsi prévenus de sa présence parmi les associés n'hésiteront pas à consentir à la société les avances nécessaires.

Le problème de la validité de l'apport en garantie s'est cependant posé, cette validité ayant été parfois mise en doute. La controverse qui s'est élevée à ce sujet est du reste très ancienne. Dès la discussion devant le Conseil d'Etat des dispositions du Code civil relatives au contrat de société, deux points de vue se firent jour en matière d'apport en garantie : tandis qu'une première opinion se montrait disposée à admettre que le nom et la réputation d'un associé puissent être considérés comme mise sociale, une autre opinion se montrait beaucoup plus réservée, insistant sur le caractère *abstrait* d'un tel apport (2).

Les réticences qui s'étaient ainsi manifestées lors des travaux préparatoires du Code civil allaient permettre au cours du XIX^e^ siècle à certains auteurs de mettre en doute la validité d'un apport constitué exclusivement par le nom et le crédit commercial d'un associé. En particulier Troplong (3) considère que pour pouvoir être mis en société, le crédit commercial « doit

131. — (1) Il importe de remarquer que si l'apport par un associé de son crédit commercial constitue un apport en garantie, une ouverture de crédit est au contraire susceptible de faire l'objet d'un apport en nature. — Cf. Trib. Charleroi, 26 mars 1879, *J. Soc.* 1880, 614.
(2) Cf. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 367.
(3) *Du contrat de société*, t. I, n^os^ 114 à 116.

être appuyé d'une collaboration réelle qui rende efficace la responsabilité sur laquelle les tiers ont compté ».

Le raisonnement de cet auteur est en apparence séduisant. Troplong admet en effet que le crédit commercial d'un associé constitue pour une société un bien présentant une valeur effective du fait que ce crédit permet à la société qui en bénéficie d'emprunter les capitaux nécessaires et facilite ses relations commerciales. Cependant Troplong considère que si le crédit est apporté seul, il risque d'induire les tiers en erreur : puisque ceux-ci font en effet confiance à la société en raison de la réputation de probité et de sens des affaires acquise par l'associé apporteur de crédit, cette confiance n'est-elle pas fondée sur le fait que les tiers croient à une participation active dudit associé à la gestion de la société ?

Troplong aboutit ainsi à n'admettre l'apport du crédit commercial que comme accessoire d'un apport en industrie. Aubry et Rau (4) se prononcent dans le même sens. Pourtant ces opinions sont restées isolées et la majorité de la doctrine admet maintenant la validité de l'apport du nom et du crédit commercial effectué indépendamment de tout apport en industrie (5).

Les arguments de Troplong ne sont en effet pas pleinement convaincants. L'apport de crédit assure aux tiers qui contracteront avec la société une *garantie de solvabilité*. Pourquoi exiger en outre la promesse d'une coopération effective de l'associé aux affaires sociales, c'est-à-dire une *garantie de bonne gestion* ? Il semble que ces deux garanties soient légitimement susceptibles d'être dissociées et qu'en voyant le nom d'une personne honorablement connue figurer dans une raison sociale, les tiers puissent compter seulement sur la solvabilité traditionnelle de cette personne et non sur les qualités dont elle a éventuellement fait preuve dans la gestion d'entreprises commerciales.

Mais bien entendu pour que la garantie de solvabilité que représente l'apport de crédit commercial offre une utilité le rendant susceptible de constituer une mise sociale, il est nécessaire que cet apport soit effectué par une personne indéfiniment responsable des dettes sociales. Ainsi un tel apport ne pourra être effectué que par un associé en nom ou par un commandité (6). De plus pour éviter que l'apport en garantie ne soit

131. — (4) *Cours de droit civil*, § 377.

(5) Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société...* n° 159; R. Rousseau, *Soc. com.*, t. I, n° 86; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 87; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 32; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 21.

(6) Son caractère d'apport à prestations successives empêcherait du reste également l'apport en garantie de faire partie du capital d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme.

atteint de fictivité, il apparaît indispensable que la personne qui l'effectue ait acquis réellement une réputation ou une notoriété suffisantes pour que sa présence au nombre des associés rende plus aisées les relations de la société avec les tiers. Si en effet le nom de la personne effectuant l'apport en garantie ne bénéficiait d'aucune notoriété particulière dans les milieux commerciaux, la présence de cette personne parmi les associés ne procurerait nul avantage à la société. Tout au plus peut-on considérer que du fait de la présence d'un associé supplémentaire les risques de l'exploitation seront répartis entre un plus grand nombre de personnes. Mais la simple acceptation d'un risque, si elle ne procure aucun avantage particulier à la société, ne saurait constituer un apport.

132. — La recherche en matière d'apport en garantie d'une convention usuelle dont on pourrait le rapprocher apparaît plus délicate que pour les variétés d'apport qui ont été étudiées dans les chapitres précédents. En effet la prestation qu'effectue l'apporteur en garantie se trouve intimement liée au fonctionnement de la société et n'apparaît possible qu'en raison de la qualité d'associé acquise par cet apporteur : on concevrait assez difficilement qu'une telle prestation puisse être rémunérée par une somme d'argent au lieu de l'être par des droits sociaux. Pourtant il existe une analogie certaine entre le cautionnement et l'apport en garantie : en faisant apport de son crédit commercial, l'apporteur en garantie s'engage, comme la caution, à honorer sur son propre patrimoine les engagements pris par le débiteur, en l'espèce la société représentée par ses organes (1).

Mais l'attribution de la qualité d'associé à l'apporteur en garantie fait apparaître une différence notable entre le cautionnement et l'apport du crédit commercial. Alors que la caution après avoir payé la dette peut se retourner contre le débiteur principal pour obtenir le remboursement intégral des sommes versées, l'apporteur en garantie, qui est par hypothèse un associé en nom ou un commandité, n'aura pas avec ses coassociés des rapports de caution à débiteur : *co-débiteur solidaire* de ces associés, il devra par conséquent supporter définitivement et sans recours possible une partie des dettes sociales. Il ne disposera d'un recours contre ses coassociés que dans la mesure où il aura, à la suite de l'action des créanciers, payé une fraction

132. — (1) A la différence du crédit commercial, le *crédit politique* ne saurait faire l'objet d'un apport valable (Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 32; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 21; Houpin et Bosvieux. *Soc.*, t. I, n° 87; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 392). En effet, bien loin de ressembler à un cautionnement qui est une convention licite, l'apport de crédit politique ressemblerait à un trafic d'influence et, le cas échéant, pourrait constituer une infraction réprimée par la loi pénale. Il serait, en tout état de cause, contraire à l'ordre public.

des dettes sociales supérieure à celle qui lui incombe en vertu du contrat de société (2).

132 bis. — L'étude de la nature juridique des différentes formes d'apport en société permet ainsi de faire ressortir pour chacune de ces formes une comparaison utile avec un contrat usuel : vente, louage de choses, contrat de travail ou cautionnement, selon les hypothèses envisagées. Mais ressemblance ne signifie pas identité : l'apport, en raison de son inclusion dans un acte juridique plus vaste, la société, possède sa physionomie propre. Et il est même nécessaire d'admettre que chaque variété d'apport possède sa nature juridique particulière : cette nature juridique est constituée en premier lieu d'éléments empruntés à un ensemble de caractères communs se retrouvant dans tous les apports et se rattachant à l'idée que la prestation de l'apporteur est rémunérée par des droits d'associés ; mais en second lieu la nature juridique de chaque variété d'apport tient à des éléments empruntés au contrat dont il est permis de rapprocher cette variété.

Dès lors il n'y a pas identité entre la nature juridique de l'apport en propriété et celle de l'apport en jouissance par exemple, mais il n'y a pas non plus identité entre la nature juridique de l'apport en propriété et celle de la vente. Traduite dans le domaine du régime juridique, cette constatation prend toute son importance et ses conséquences apparaissent : les conditions et surtout les effets de l'apport diffèrent profondément selon le bien sur lequel il porte et l'étendue des droits conférés à la société. Un acte translatif de propriété, comme l'apport en propriété, n'ayant pas les mêmes effets qu'un acte simplement créateur de droits, comme l'apport en jouissance, la capacité requise dans les deux cas obéira ainsi à des règles différentes. Mais inversement le régime juridique de l'apport ne pourra pas être entièrement calqué sur celui de la vente, du louage ou d'un autre contrat de droit commun : il apparaît indispensable de tenir compte, dans la détermination du régime juridique de l'apport, de l'absence de prix en ce qui le concerne et du remplacement de ce prix par la remise à l'apporteur d'actions ou de parts d'intérêts.

132. — (2) Sur le règlement des dettes sociales dans les sociétés en nom collectif, v. HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, nos 267 et s.; LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, nos 275 et s.; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, nos 482 et s.; RIPERT, *Dr. Com.*, nos 727, 728, 729, 732; ESCARRA, *Cours*, nos 600 et s.; ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, nos 244 et s.

SECONDE PARTIE

Régime juridique de l'apport en société

133. — Bien qu'il suppose un accord de volontés des parties sur la matière des engagements respectifs, l'apport présente avec les contrats de droit commun une différence essentielle : il ne constitue pas une convention qui peut vivre d'une existence propre. Il lui faut un support juridique, il faut qu'il soit incorporé dans un autre acte plus vaste dont il fera partie intégrante : la société. Cette situation n'est pas sans créer un certain nombre de difficultés lorsqu'il s'agit de préciser le régime juridique de l'apport.

Il est en effet permis de se demander si l'on peut véritablement parler de régime juridique (c'est-à-dire de conditions et d'effets) de l'apport et si l'on répond par l'affirmative à cette première question il devient nécessaire de préciser comment ces conditions et ces effets de l'apport coexisteront ou se combineront avec les conditions et les effets de la société.

Il apparaît tout d'abord qu'en ce qui concerne les conditions de l'apport il faut entendre par cette expression l'influence que l'apport exerce sur les conditions requises pour la formation de la société ou pour l'entrée d'un nouvel associé dans le pacte social. Ainsi la capacité exigée de l'associé, tout en dépendant de la nature de la société à laquelle il vient s'intégrer, dépendra également de l'apport qu'il va effectuer.

Au contraire, la distinction des effets de l'apport et des effets de la société apparaît plus tranchée : le contrat de société (ou le cas échéant l'acte unilatéral de constitution) réalise la création d'un être moral destiné à exploiter les biens qui figureront dans son patrimoine, et l'effet de chacun des différents apports est précisément de mettre à la disposition de ce patrimoine la propriété ou la jouissance d'un bien utile à l'exploitation sociale.

TITRE I

Les conditions de l'apport

134. — L'apport requiert des parties contractantes les conditions de fond traditionnelles qui dans le droit commun des obligations président à la conclusion des conventions : capacité (et pouvoirs), consentement, objet, cause. Les deux premières conditions concernent plus particulièrement les parties au contrat ; elles ont pour but de déterminer ces parties et également dans une large mesure de les protéger : l'exigence d'une certaine capacité permettra au mineur de faire annuler un engagement pris inconsidérément, de même que l'exigence d'un certain pouvoir permet de sauvegarder les intérêts d'un mandant qui entre dans les liens contractuels à la suite de l'accord donné par son mandataire. Quant au consentement des parties, c'est un consentement non vicié qui doit être donné et il y a ici encore une idée de protection. C'est donc par l'exigence de conditions de capacité et de consentement que sera assurée la protection des intérêts de l'apporteur et de ses coassociés dans l'acte qui les lie.

Les conditions d'objet et de cause apparaissent elles au contraire requises pour fixer la matière de l'engagement, mais elles ont aussi pour but la protection d'un intérêt : c'est par elles qu'est assuré le respect de l'ordre public, autrement dit la sauvegarde des intérêts généraux de la nation, puisqu'un objet ou une cause illicites ont pour conséquence la nullité de la convention.

Mais l'exigence des quatre conditions traditionnelles du droit commun laisse dans une large mesure en dehors des intérêts qu'elle protège les intérêts des tiers : or en matière d'apport la protection de ceux-ci apparaît particulièrement nécessaire. Elle sera réalisée par l'exigence des conditions de forme et par différentes autres dispositions qui auront notamment pour objet de déjouer les fraudes auxquelles pourrait se livrer un débiteur au détriment de ses créanciers par la voie de l'apport en société.

CHAPITRE PREMIER

Les conditions tenant aux parties

SECTION I

CAPACITÉ ET POUVOIRS DE L'APPORTEUR (1)

135. — Selon la doctrine traditionnelle, « la capacité est l'aptitude à agir valablement pour soi-même », le pouvoir étant par ailleurs « la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui » (2). Ainsi présentée, cette opposition, si elle a le mérite d'être claire, apparaît tout à fait erronée. En limitant la question de pouvoirs à l'hypothèse de la représentation, on oublie une vérité fondamentale : le fait que « si le représentant a le pouvoir d'agir sur le patrimoine d'autrui, c'est parce que ce pouvoir lui a été transmis et que par conséquent il préexistait en la personne du

135. — (1) Dans l'hypothèse où il existe un véritable contrat de société, le contrat étant passé entre tous les associés, un problème de capacité et de pouvoir se pose pour chacun des apporteurs, mais il ne se pose pas à l'égard de la société qui n'est pas dans ce cas partie au contrat. Au contraire, lorsqu'il est possible de considérer qu'il existe une convention d'apport conclue entre l'apporteur et la société comme c'est le cas dans les grandes sociétés anonymes (v. *supra* n° 44 et s.), la société est partie au contrat : la question de sa capacité se pose. Elle doit être résolue par la distinction suivante : si la société a été régulièrement constituée antérieurement à l'apport (cas d'un apport effectué en cours de vie sociale au moyen d'une augmentation de capital), elle possède la personnalité morale et par conséquent la capacité de faire des actes juridiques; il est seulement nécessaire pour que l'apport soit valable que la réglementation légale concernant les augmentations de capital soit respectée. S'il s'agit d'un apport effectué lors de la constitution d'une société anonyme, la question est plus délicate. On peut en effet considérer (v. *supra* n° 40) que la société en formation est une personne morale frappée de certaines incapacités. Mais précisément n'entre pas dans le domaine de ces incapacités la conclusion de conventions d'apports passées entre les fondateurs agissant au nom de la société en formation et les apporteurs en nature ou en numéraire.

(2) Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. I, n° 2150.

représenté » (3). Et il est permis de penser, avec Saleilles, que le pouvoir est « la faculté pour le titulaire d'un droit d'en tirer tous ses effets juridiques » (4).

Le problème de l'existence d'un pouvoir suffisant pour contracter se posera donc, en matière d'apport, aussi bien lorsque le pouvoir aura été transféré à un représentant légal ou conventionnel que quand le titulaire du droit lui-même se heurtera pour accomplir l'acte juridique d'apport à certaines restrictions de pouvoirs : tel est le cas de la femme mariée ou du failli. L'étude des pouvoirs nécessaires en matière d'apport doit donc faire l'objet d'un développement distinct de celui consacré à la capacité requise en cette matière.

§ 1. — CAPACITÉ DE L'APPORTEUR

136. — Puisque l'apport suppose le transfert à la société (ou tout au moins la mise à la disposition de celle-ci) d'un bien ou d'un droit, il est nécessaire que l'apporteur ait une capacité d'exercice suffisante pour effectuer ce transfert. Les principales difficultés se rencontreront en matière de minorité : il s'agit également là de l'hypothèse la plus pratique. Le cas des interdits et des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, tout en méritant d'être examiné, peut être en grande partie résolu par référence au régime de la minorité.

A) Mineurs (1)

137. — C'est en matière de capacité que se relève de manière particulièrement nette la nécessité déjà constatée de combiner les conditions tenant à l'apport et celles tenant à la société. Pour pouvoir effectuer un apport, il faut préalablement avoir la capacité d'entrer dans la société à laquelle on se propose de faire cet apport. Or dans certains types de société, les conditions de capacité exigées des associés, en raison de l'engagement indéterminé qu'ils prennent, sont telles qu'elles réduisent à peu de chose les exigences supplémentaires qui devront être satisfaites en raison de l'objet de l'apport. Au contraire lorsque l'engagement de l'associé est déterminé et que sa responsabilité est strictement limitée au montant de son apport

135. — (3) R. Houin, *Les incapacités*, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 397.
(4) Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 575.

137. — (1) On peut remarquer qu'en matière de minorité, si la question qui se pose est une question de *capacité* lorsqu'on l'envisage du point de vue du mineur, il s'agit également d'une question de *pouvoirs* lorsqu'on se place sous l'angle de l'administration des biens du pupille par le tuteur et les autres organes de la tutelle. Néanmoins, il semble préférable, pour ne pas rompre avec la tradition, de grouper tous les problèmes, qui se posent en ce domaine, dans les développements consacrés à la capacité.

sans qu'il puisse lui être demandé une somme supplémentaire, les seules conditions de capacité requises tiennent à l'apport. C'est donc dans une telle hypothèse que l'on peut étudier avec précision l'influence de l'objet de l'apport sur la capacité exigée de l'associé et que l'on doit dégager les conditions de capacité tenant à l'apport. Il apparaît ensuite nécessaire de rechercher dans quelle mesure ces conditions subsistent lorsque sont exigées de l'associé, du fait de l'engagement indéterminé qu'il contracte, des conditions de capacité tenant à l'économie générale du contrat de société.

Première hypothèse : Les règles de capacité exigées tiennent seulement à l'apport.

138. — En droit français actuel l'engagement de l'apporteur n'est complètement déterminé quant à son montant que dans deux cas : celui du *commanditaire* et celui de l'*actionnaire*. Ces associés ne sont en règle générale tenus en aucune manière au delà de leur apport et, à la différence des membres d'une société à responsabilité limitée, ils n'ont pas à craindre une action en garantie intentée par les tiers en cas de surévaluation des apports en nature. La nécessité de prévoir des règles de capacité spéciales en raison du rôle qu'est appelé à jouer l'associé s'estompe ici pour ne laisser subsister que les conditions établies en fonction de l'apport. Et rationnellement il apparaît que c'est la prise en considération de l'étendue des droits conférés par l'apport et de la nature du bien sur lequel porte cette opération qui doit fixer ces conditions de capacité.

Mais une difficulté préalable a surgi toutes les fois que l'apport du commanditaire était effectué au profit d'une société commerciale et en toute hypothèse pour les actionnaires, puisque les sociétés par actions sont commerciales par la forme. En effet s'il est certain que commanditaires et actionnaires ne prennent pas la qualité de commerçants à la suite de leur entrée en société, la question s'est néanmoins posée avec acuité de savoir si, en raison du caractère commercial de la société à laquelle participent ces personnes, l'apport qu'elles effectuent ou l'engagement qu'elles prennent d'effectuer un apport se présente comme ayant le caractère d'un acte de commerce ou d'un acte civil. Et pendant longtemps il est apparu que la détermination de la nature civile ou commerciale de l'apport du commanditaire ou de l'actionnaire dominait la solution à donner au problème de la capacité exigée de ces apporteurs.

La capacité requise pour faire un acte de commerce isolé est en effet sensiblement la même que celle qui est exigée pour faire le commerce (1). C'est dire qu'un tel acte juridique ne peut

138. — (1) Article 3 du Code de commerce.

être valablement accompli ni par un mineur non émancipé, ni pour son compte par l'intermédiaire de son tuteur. Par conséquent voir en toutes circonstances dans l'apport à une société commerciale un acte de commerce, c'était semblait-il retirer au mineur non émancipé toute possibilité de l'effectuer.

De longue date il a été mis en évidence que l'admission du caractère commercial de l'apport fait à une société de commerce entraînerait, si l'on en admettait toutes les conséquences normales, des résultats très regrettables. Les auteurs (2) ont insisté sur les difficultés qui se faisaient jour lorsqu'une personne décédait en laissant pour unique héritier un mineur (ou plusieurs héritiers parmi lesquels un mineur) et que la succession comportait un établissement industriel ou commercial. Le tuteur ne pouvant pas en général continuer l'exploitation puisque notre législation ne permet pas qu'un représentant légal exerce le commerce au nom de l'incapable dont il administre les biens, l'apport en société du fonds de commerce dont hérite le mineur se révèle une des solutions les meilleurs pour conserver au moins indirectement ce bien dans le patrimoine de l'incapable. Refuser la possibilité de cet apport serait donc empêcher bien souvent la continuation rationnelle de l'exploitation entreprise par le défunt. Et il apparaît qu'il n'y a aucune raison décisive de refuser cette possibilité au moins dans le cas où l'apport ne s'accompagne pas d'un engagement indéterminé.

139. — Dans ces conditions une théorie qui admettrait le caractère commercial de l'apport du commanditaire ou de l'actionnaire en déduisant de cette position toutes ses conséquences logiques et notamment l'impossibilité pour le mineur non émancipé d'entrer dans une société en commandite ou anonyme, serait particulièrement inopportune. Et l'on comprend qu'au cours du XIX[e] siècle un important mouvement doctrinal et jurisprudentiel se soit dégagé en faveur du caractère civil de la souscription d'actions ou d'une part de commandite : la reconnaissance du caractère civil à cet acte juridique apparaissait comme étant le meilleur moyen d'éviter les inconvénients que présentait l'adoption de la théorie du caractère commercial. Mais des développements précédents ont montré (1) comment ce mouvement se heurta à une jurisprudence particulièrement ferme de la part de la Cour de cassation, qui se prononça à maintes reprises avec une continuité parfaite en faveur du caractère commercial de l'engagement du commanditaire et de l'actionnaire.

La position ainsi prise par la Cour de cassation risquait d'être lourde de conséquences en matière de capacité, si son

138. — (2) Cf. notamment C. HOUPIN, *De l'apport en société de biens appartenant à des mineurs ou à des interdits*, J. Soc., 1905, 481.

139. — (1) V. *supra* n° 58.

admission enlevait toute possibilité à un mineur non émancipé d'entrer dans une société commerciale. Cependant une loi était intervenue le 27 février 1880 fixant dans son article 6 les pouvoirs du tuteur en matière de placement des capitaux de son pupille. Elle allait permettre à certaines Cours d'appel de renoncer à leur jurisprudence antérieure sur le caractère civil de l'engagement de l'actionnaire, tout en continuant à autoriser un mineur non émancipé à entrer dans une société commerciale.

La première décision ayant fait application de cette nouvelle solution est un arrêt de la Cour de Paris du 21 mai 1884 (2). Cette juridiction posait deux principes très importants : d'une part, bien que la souscription aux actions d'une société commerciale constitue un acte de commerce, les articles 2 et 3 du Code de commerce (fixant les conditions de capacité requises pour accomplir un acte de caractère commercial) sont inapplicables au cas où une mère tutrice emploie des deniers pupillaires en souscription d'actions ; d'autre part pour que cette souscription soit valable, il faut en vertu des articles 2, 3 et 6 de la loi du 27 février 1880 que l'emploi des fonds des mineurs ait été autorisé par le conseil de famille et que, si la somme à employer dépasse un montant qui était alors de 1.500 frs et qui est aujourd'hui de 75.000 frs, l'autorisation du conseil de famille soit homologuée par le tribunal.

Dans la note qu'il publia sous cet arrêt de la Cour de Paris, Ch. Lyon-Caen critiqua violemment la solution adoptée par cette juridiction. L'éminent auteur considérait d'abord que la Cour donnait une interprétation erronée de l'article 6 de la loi de 1880 en refusant au tuteur la possibilité d'effectuer sans autorisation l'emploi des capitaux de son pupille, mais par ailleurs, adoptant une position particulièrement rigoureuse, il estimait que le tuteur ne pouvait pas employer ces capitaux à la souscription des actions d'une société commerciale, une telle souscription constituant un acte de commerce qui n'était susceptible d'être valablement effectué ni par le mineur non émancipé, ni par son tuteur. L'on rencontre ainsi, dans cette note de Ch. Lyon-Caen, un exemple d'une conception extensive du caractère commercial de l'engagement de l'actionnaire puisque l'auteur se refuse à apporter tout tempérament à une solution aux conséquences souvent fâcheuses. Mais cette conception intransigeante est restée sans écho. C'est la position prise par la Cour de Paris qui a recueilli la plus large approbation.

140. — Dans la doctrine et la jurisprudence s'est en effet développée la notion de *placement*, mais cette notion vient se superposer (et non pas, comme l'ont pensé certains, se substi-

139. — (2) Paris, 21 mai 1884, S. 1885. II. 97, note Ch. Lyon-Caen.

tuer) à celle d'acte de commerce, dans le cas d'un apport ou d'un engagement pris par un commanditaire ou un actionnaire. Cet engagement ou cet apport demeure un acte commercial, car les raisons qui ont été invoquées à l'appui de cette solution gardent leur entière valeur. Mais tous les actes de commerce ne présentent pas les mêmes caractères : certains sont des actes de spéculation, d'autres sont des placements.

Sans doute les actes de commerce de caractère spéculatif sont-ils les plus nombreux et c'est justement en fonction de ces actes de spéculation qu'ont été édictées des règles particulièrement strictes de capacité, qui s'appliquent même pour un acte de commerce isolé. Mais ces règles exigeant l'émancipation et l'habilitation du mineur apparaissent bien rigoureuses en ce qui concerne des actes de commerce ne présentant pas plus de dangers que des actes civils.

C'est ainsi que MM. Lyon-Caen et Renault (1), qui adoptent pourtant en général une conception extensive de la commercialité, n'hésitent pas à écarter la nécessité d'une habilitation du mineur lorsqu'il s'agit de la conclusion d'une assurance maritime, en raison du caractère conservatoire de cet acte. Ces auteurs précisent que l'assurance maritime n'a pas le but de spéculation qu'ont d'ordinaire les actes de commerce et « que cela doit suffire pour empêcher l'application d'une disposition que ce but ordinaire des actes de commerce peut seul expliquer ». C'est dire avec une particulière netteté que, lorsqu'un acte de commerce ne présente pas le caractère spéculatif, le respect des dispositions des articles 2 et 3 du Code de commerce ne se justifie plus. Sans doute pourrait-il paraître audacieux que la doctrine et la jurisprudence réduisent ainsi la portée d'une disposition légale, mais au moins en ce qui concerne l'apport et l'engagement du commanditaire et de l'actionnaire, la loi de 1880 permet de donner une base légale à la construction jurisprudentielle et doctrinale.

141. — Cependant le caractère de placement, qu'on peut attribuer à l'apport, n'est pas toujours accepté comme allant de soi et il faut bien reconnaître que dans certains cas la souscription d'actions par exemple revêt un caractère spéculatif. Dès lors, si la souscription constitue tantôt un placement, tantôt une spéculation sera-t-il nécessaire pour connaître son caractère exact de se livrer à une recherche d'intention extrêmement délicate, en ayant pour seul guide un critère particulièrement fuyant et difficile à préciser ?

Il apparaît nettement que dans l'hypothèse présentement étudiée cette recherche d'intention n'est pas nécessaire. En effet étant donné les garanties et les formalités dont la loi de 1880

140. — (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. I, n° 236 *bis*.

entoure d'abord l'emploi des capitaux du mineur et ensuite la cession des biens incorporels obtenus en contre-partie de ces capitaux, on peut dire que tout caractère spéculatif est exclu de l'apport effectué au nom d'un incapable, car la spéculation suppose une possibilité de réalisation rapide au moment opportun et par conséquent ne saurait s'accommoder de formalités telles que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation par le tribunal. L'apport réalisé au nom d'un incapable présentera ainsi toujours le caractère d'un placement.

Mais parmi les auteurs qui acceptent cette notion de placement certains considèrent qu'il est illogique d'admettre le cumul d'une telle notion avec celle d'acte de commerce et ils accusent (1) la jurisprudence de se déjuger quand, après avoir posé comme principe le caractère d'acte de commerce de la souscription du commanditaire ou de l'actionnaire, elle écarte l'application des règles des articles 2 et 3 du Code de commerce, en permettant un apport réalisé au nom du mineur non émancipé, à titre de placement. Mais ce grief ne saurait être retenu. En effet, comme le font remarquer MM. Lacour et Bouteron (2), conformément au principe d'interprétation « *Specialia generalibus derogant* », l'article 6 de la loi de 1880 doit être considéré comme renfermant une dérogation implicite aux articles 2 et 3 du Code de commerce.

Et il est permis de penser que, si l'article 6 de la loi de 1880 parle de « l'emploi des capitaux », on peut cependant en induire un principe général permettant l'apport de tous biens mobiliers corporels et incorporels appartenant à des mineurs puisqu'un tel apport, quoique constituant un acte de commerce, présente le caractère d'un simple placement. Il suffira pour que cet apport soit valable qu'aient été remplies un certain nombre de formalités qui varient selon le bien faisant l'objet de l'apport et qu'il est nécessaire de préciser maintenant.

142. — En ce qui concerne l'*apport de numéraire* on a proposé quelquefois de distinguer l'hypothèse où l'apport est effectué en même temps que la conclusion du contrat et celle où la convention ne contient que le simple engagement de la part de l'associé de faire un apport (1). Cette distinction, qui avait surtout pour but de permettre au tuteur d'effectuer seul la souscription d'actions lorsque la libération de ces titres était immédiate, a perdu semble-t-il tout intérêt depuis que la Cour de cassation (2) s'est prononcée en faveur de la nécessité d'ob-

141. — (1) Note P. Pic sous Bordeaux, 20 juill. 1931, D.P. 1933. II. 129; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 383.

(2) Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 245.

142. — (1) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. I, n° 236; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 644.

(2) Cass. req., 15 novembre 1938, D.P. 1939. I. 36, note Savatier.

server pour le placement des capitaux de l'incapable les mêmes formalités que pour la gestion de ses valeurs mobilières. Et l'on ne saurait admettre par ailleurs que l'absence de libération immédiate des actions suffit pour transformer un acte présentant le caractère d'un placement en un acte spéculatif devant obéir par conséquent aux règles des articles 2 et 3 du Code de commerce.

La souscription d'actions ou d'une part de commandite au nom d'un mineur doit donc être possible, que l'apport soit ou non immédiatement libéré. Et la seule distinction qu'il y ait lieu de faire ici tient à l'origine des sommes employées. S'il s'agit de placer des économies réalisées sur les revenus, le tuteur peut en faire l'emploi sans autorisation du conseil de famille, par application de l'article 455 du Code civil (3). Au contraire s'il s'agit de placer des capitaux plus anciens ou provenant d'aliénations, le tuteur qui voudra effectuer une souscription devra respecter les conditions établies par la loi du 27 février 1880.

L'étendue de ces conditions a été longtemps controversée. En effet l'article 6 de la loi de 1880 renvoie en ce qui concerne l'emploi des capitaux « aux articles précédents ». Certains auteurs (4) en avaient déduit que le législateur avait simplement voulu ordonner que l'emploi soit fait en valeurs nominatives, le renvoi de l'article 6 ne s'étendant pas à l'article 1[er] exigeant l'autorisation du conseil de famille pour la vente des valeurs mobilières.

La jurisprudence des juridictions inférieures (5) se fixa rapidement en sens contraire et en 1938 la Cour de cassation (6) est venue mettre fin à la controverse en décidant expressément que le placement des capitaux appartenant à des mineurs est soumis aux mêmes conditions que la gestion de leurs valeurs mobilières. On doit donc, en harmonie avec cette décision, déclarer que le tuteur pour faire apport de sommes appartenant à son pupille doit être autorisé par le conseil de famille et que, si la somme apportée dépasse 75.000 frs, le tribunal doit homologuer la décision du conseil de famille.

143. — *L'apport de meubles corporels* appartenant à des mineurs doit être normalement beaucoup plus rare que l'apport

142. — (3) En ce sens : HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 644; RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. I, n° 2258. — *Contra* : Trib. civ. Seine-Inférieure, 1[er] juillet 1930, D.H. 1930, 487.

(4) V. par exemple Ch. LYON-CAEN, note sous Paris, 21 mai 1884, S. 1885. II. 97; BUCHÈRE, *Souscription d'actions non libérées comme emploi des deniers d'un mineur*, Ann. dr. com., 1888. II. 157; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, n° 384; — rappr. BAUDRY-LACANTINERIE, *Des personnes*, t. V, n° 522.

(5) Trib. civ. Montpellier, 27 juin 1901, S. 1902. II. 21; Rennes, 9 févr. 1904, S. 104. II. 263; Toulouse, 19 mars 1906, S. 1906. II. 95.

(6) Cass. req., 15 novembre 1938, précité.

de numéraire, car le législateur impose au tuteur l'obligation de vendre les meubles corporels et de faire emploi du prix. En règle générale des meubles corporels ne doivent donc pas figurer dans le patrimoine d'un mineur. Mais ne peut-on pas permettre au tuteur de faire apport en société des meubles corporels dont hérite le mineur, au lieu de les vendre. Il semble logique de lui accorder cette possibilité. Sans doute la vente des meubles prescrite par le Code doit-elle se faire aux enchères, et cette garantie ne se retrouve pas en matière d'apport en société. Mais l'exigence d'une vente aux enchères existe également en matière d'immeubles et la jurisprudence n'a pas hésité (1) à valider l'apport en société d'immeubles de mineurs, en dispensant cet apport de la formalité des enchères qui lui est inapplicable. Le refus de la validité de l'apport de meubles corporels ne se justifierait donc pas.

En matière de *meubles incorporels* les précisons légales sont plus abondantes puisque la loi du 27 février 1880 s'est tout particulièrement préoccupée de la vente de tels biens et que les dispositions qu'elle édicte à ce sujet peuvent parfaitement être étendues à l'apport. L'admission de l'apport des biens incorporels appartenant à un mineur présente un intérêt certain parce qu'elle permet de valider l'apport du fonds de commerce échu à un mineur par succession et que, comme un développement précédent l'a montré (2), il est souvent utile dans ce cas de constituer une société puisque l'exploitation commerciale ne peut être continuée directement ni par le mineur non émancipé, ni par son tuteur.

En vertu des principes qui ont été dégagés, cet apport bien que présentant le caractère d'un acte de commerce peut être effectué au profit d'une société en commandite simple ou d'une société anonyme, car il constitue dans cette hypothèse un simple placement. S'il s'agit d'un apport en pleine propriété, il sera soumis aux formalités entourant la cession des meubles incorporels, c'est à dire l'autorisation du conseil de famille et si la valeur du bien dépasse 75.000 francs l'homologation du tribunal.

Une difficulté s'est élevée au cas où l'apport est constitué par des biens indivis entre majeurs et mineurs. Un tel apport est sans nul doute possible. Mais on ne saurait approuver la Cour de Paris (3) d'avoir décidé que, dans l'hypothèse de l'apport à une société anonyme d'un fonds de commerce et d'immeubles indivis entre mineurs et majeurs, « pour la garantie des intérêts des mineurs le nombre des actions à leur attribuer doit être déterminé nominativement et proportionnel-

143. — (1) V. *infra* n° 144.

(2) V. *supra* n° 138.

(3) Paris, 30 juillet 1925, *J. Soc.*, 1926, p. 167, note P. CORDONNIER.

lement aux droits de chacun d'eux dans la propriété indivise ». En effet, comme le remarque très justement M. Cordonnier dans la note qu'il consacre à cet arrêt, une telle attribution serait une violation des règles prescrites par le législateur en matière de partage. Un apport de fonds de commerce indivis entre majeurs et mineurs ne peut être valable que si, en plus des formalités d'autorisation du conseil de famille et d'homologation, l'attribution des droits sociaux, notamment des actions, est faite conjointement et indivisément aux apporteurs.

144. — A la différence des hypothèses précédemment étudiées, l'*apport de biens immobiliers* fait à une société au nom d'un mineur qui devient commanditaire ou actionnaire ne soulève pas la difficulté préalable de savoir si le tuteur peut effectuer au nom de l'incapable un acte de commerce isolé présentant le caractère d'un placement. L'apport d'immeubles au nom d'un mineur constitue en effet un acte civil (1). Le seul problème à résoudre en cette matière est la détermination des formalités qui doivent permettre d'effectuer valablement cet apport.

En ce qui concerne l'apport d'un immeuble en pleine propriété, le fait qu'il constitue comme la vente un acte de disposition (2) conduit très naturellement à lui apliquer les dispositions que le Code civil a édictées pour la vente d'immeubles appartenant à des mineurs, c'est à dire les articles 457 et suivants de ce Code. Le tuteur ne pourra effectuer l'apport des immeubles de l'incapable que s'il est autorisé par le conseil de famille dont la délibération doit être homologuée par le tribunal civil. Ces formalités sont à la fois nécessaires et suffisantes (3).

Certes en matière de vente d'immeubles appartenant à un mineur le Code civil prévoit dans son article 459 une formalité supplémentaire : l'opération doit se faire publiquement et aux enchères. Mais si cette formalité est possible en matière de vente, c'est par suite de l'existence dans cette convention d'un prix. L'exigence d'enchères publiques a pour but d'obtenir la fixation du prix le plus élevé possible par le jeu de la concurrence des acheteurs. Cette formalité ne peut être accomplie pour un contrat présentant de grandes analogies avec la vente mais qui en diffère précisément par l'absence de prix : c'est le cas de l'échange, c'est également le cas de l'apport en pleine propriété.

Dés lors, en présence de l'impossibilité de pratiquer des enchères pour ces conventions, deux attitudes étaient susceptibles d'être adoptées par la jurisprudence et par la doctrine :

144. — (1) V. sur le caractère civil de l'apport d'immeubles, *supra* n°s 60 et 61.

(2) V. *supra* n°s 94 et 95.

(3) Elles sont requises même si l'apport immobilier est effectué par un mineur émancipé : celui-ci aura besoin des mêmes autorisations que le tuteur du mineur non émancipé. — V. *infra* n° 145.

ou bien prohiber complètement l'échange et l'apport de biens de mineurs comme ne pouvant de par leur nature être soumis à la formalité protectrice de l'article 459, ou bien permettre que ces conventions soient conclues de gré à gré avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, la mission de ce dernier étant de vérifier que l'autorisation a été accordée « pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident ».

C'est en faveur de cette dernière solution que s'est très rapidement prononcée la doctrine (4) : l'article 459 est inapplicable à l'apport d'immeubles qui peut être effectué par le tuteur valablement autorisé. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait apport pur et simple, entièrement rémunéré par l'attribution de droits sociaux. L'apport mixte, dans lequel en contre-partie des biens apportés sont attribués à la fois des droits sociaux et une somme d'argent, ne peut donc être effectué au nom d'un mineur et il en est de même de l'apport qui est grevé d'un passif mis par la convention à la charge de la société (5).

La jurisprudence (6) s'est, quant au domaine d'application de l'article 459, rangée à l'avis de la doctrine. Elle a ainsi confirmé une importante différence entre l'apport pur et simple et la vente, différence qui tient sans nul doute au remplacement du prix, en matière d'apport, par l'attribution de droits sociaux, puisque, dès qu'apparait à coté de cette attribution une rémunération d'une nature différente, l'opération cesse de pouvoir être valablement effectuée au nom d'un incapable.

Si l'immeuble est indivis entre plusieurs mineurs ou entre majeurs et mineurs, on peut, en respectant les formalités d'autorisation et d'homologation, l'apporter en société, mais, comme cela a été indiqué précédemment pour d'autres biens, il faut que les actions ou les droits sociaux soient attribués aux apporteurs conjointement et indivisément, car dans ce cas seulement les règles du partage judiciaire ne se trouvent pas violées parce qu'il n'y a pas cessation d'indivision.

Lorsqu'un immeuble appartenant à un mineur fait l'objet d'un apport en usufruit, soit que l'usufruit de l'immeuble lui fût échu par succession, soit que l'apport réalise une constitution d'usufruit au profit de la société, les règles dégagées pour la validité de l'apport de l'immeuble en propriété s'appliquent car l'apport en usufruit constitue également une aliénation à titre onéreux.

144. — (4) C. HOUPIN, *De l'apport en société de biens appartenant à des mineurs ou à des interdits*, J. Soc. 1905, p. 481.

(5) C. HOUPIN, article précité, p. 485.

(6) Riom, 2 mai 1907, D.P. 1908. II. 109; Paris, 30 juillet 1925, *J. Soc.*, 1926, p. 167, note P. CORDONNIER.

Au contraire si l'immeuble fait l'objet d'un apport en jouissance, il est permis de se demander si les règles applicables ne vont pas être celles qui régissent la conclusion des baux et il semble rationnel d'admettre l'affirmative en raison des analogies que l'on peut relever entre le louage et l'apport en jouissance (7). L'application de cette idée conduit à considérer que si l'apport en jouissance de l'immeuble du mineur est prévu pour une durée de neuf ans au plus, le tuteur pourra effectuer cet apport seul. Au contraire si ledit apport était prévu pour une durée supérieure à neuf ans, le tuteur ne pourrait agir qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (8).

*
* *

145. — Les raisonnements qui précèdent se plaçaient dans le cadre de l'hypothèse (du reste la plus pratique) où il s'agit d'un mineur non émancipé soumis au régime de la tutelle. Les règles qui ont été dégagées doivent donc subir quelques aménagements lorsque le mineur est placé sous le régime de l'administration légale ou lorsque le mineur est émancipé.

Lorsque le père est administrateur légal du patrimoine de son enfant mineur, il peut faire, seul, apport des biens composant ce patrimoine sauf dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'un apport de meubles incorporels dont le montant dépasse 75.000 francs, l'autorisation du tribunal est requise et il en est de même lorsque l'apport à effectuer concerne la propriété, l'usufruit ou la jouissance (pour une durée supérieure à neuf ans) d'un bien immobilier.

Quant au mineur émancipé, il peut à la différence du mineur non émancipé effectuer lui-même l'apport. Mais dans la plupart des cas, certaines autorisations seront exigées. S'il s'agit d'un apport de meubles incorporels ou d'un apport de numéraire (constituant l'emploi d'un capital), lorsque le mineur a été émancipé en cours de tutelle, cet apport ne peut être effectué qu'avec l'autorisation du conseil de famille, ladite autorisation devant être homologuée par le tribunal lorsque le montant de l'apport dépasse 75.000 francs (1). Ces formalités sont au contraire inutiles et l'assistance du curateur suffit lorsque le mineur a été émancipé soit tacitement par le mariage, soit expressément du vivant de ses père et mère. S'il s'agit enfin d'effectuer l'apport de la propriété ou de l'usufruit d'un immeuble, le mineur émancipé doit être autorisé par le conseil

144. — (7) V. *supra* n° 121.

(8) En ce sens Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 639.

145. — (1) Combinaison des articles 2, 4 et 6 de la loi du 27 février 1880. — Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. I par R. et J. Savatier, n°s 650 et 652.

de famille et le tribunal, quelles que soient la valeur de l'immeuble et l'origine de l'émancipation.

Lorsque le mineur émancipé est de plus autorisé à faire le commerce, il acquiert une capacité très large pour disposer de ses biens en vue d'opérations se rattachant à l'exercice de son commerce. Les facilités qui lui sont ainsi reconnues trouvent application lorsqu'un mineur commerçant fait pour les besoins de son commerce un apport en qualité de commanditaire ou d'actionnaire, mais leur domaine d'utilisation le plus normal est le cas où le mineur acquiert la qualité de commerçant par son entrée en société et doit dès lors être autorisé à cet effet. Leur étude entre ainsi logiquement dans le cadre de l'hypothèse où les règles de capacité tenant à l'apport s'effacent au moins en partie derrière les règles de capacité exigées du fait de l'entrée en société.

Seconde hypothèse : Les règles de capacité exigées tiennent avant tout au caractère indéterminé de l'engagement de l'associé.

146. — Du principe que l'apport est un élément de la société il résulte que pour pouvoir faire valableemnt un apport il faut avoir, outre la capacité requise pour disposer du bien objet de l'apport, la capacité de faire partie de la société qui doit bénéficier de cet apport. Et comme l'exigence d'une capacité spéciale pour entrer en société présente, lorsqu'elle existe, un caractère préalable par rapport aux exigences de capacité tenant au bien objet de l'apport, il est nécessaire de se demander si l'apport conserve même dans cette hypothèse une certaine influence sur la capacité requise de l'associé.

Cette influence apparaît fort réduite lorsque la capacité exigée de l'associé est celle d'être commerçant comme c'est le cas pour les *associés en nom* et les *commandités* dans les sociétés commerciales du fait de leur obligation personnelle et indéfinie au passif social (1). L'exigence de la qualité de commerçant empêche complètement les mineurs non émancipés, comme du reste les interdits légaux et judiciaires et les prodigues, de faire un apport à une société en nom collectif ou d'entrer dans une société en commandite en tant que commandité.

Par contre les mineurs émancipés ont la possibilité de participer à une société en une qualité qui implique celle de commerçant, dès lors que, ayant atteint l'âge de 18 ans, ils ont été habilités à faire le commerce (2). Et si l'habilitation

146. — (1) Pic et Krèher, *Soc. com.*, t. I, n° 381; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 76.

(2) Il semble du reste qu'une autorisation générale de faire le commerce ne suffise pas et qu'au cas où le mineur désire devenir

présente l'inconvénient de nécessiter l'accomplissement de quelques formalités, du moins a-t-elle comme conséquence favorable de conférer au mineur régulièrement habilité plus de facilités pour réaliser son apport que n'en accorde le droit civil au mineur émancipé. En effet les garanties entourant l'habilitation du mineur permettent de lui accorder une large capacité pour disposer de ses biens et le législateur a considéré cette capacité étendue comme étant nécessaire pour conférer au mineur un crédit suffisant lui permettant de contracter.

Il résulte de la combinaison des articles 2 et 6 du Code de commerce que le mineur valablement habilité peut faire, sans avoir besoin pour cela d'aucune autorisation nouvelle, un apport en numéraire, quelle qu'en soit l'importance, ou un apport en industrie. Il peut dans les mêmes conditions effectuer un apport en nature de meubles, tant en propriété qu'en jouissance. En ce qui concerne les immeubles, le mineur habilité ayant la possibilité de les donner en location, on doit lui reconnaître le droit d'en faire, sans formalités spéciales d'autorisation, apport en jouissance à une société en raison de l'analogie que présentent les deux opérations (3).

La seule limitation venant réduire la capacité du mineur commerçant concerne l'aliénation de ses immeubles. Cette aliénation n'étant permise que selon les règles du droit civil (4), il n'est pas possible au mineur commerçant d'apporter seul la pleine propriété ou l'usufruit de ses immeubles. Pour effectuer cette opération, il est nécessaire que l'apport ait été autorisé par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal selon les prescriptions des articles 457 et 458 du Code civil. Du moins doit-on étendre à cette espèce la règle admise par la jurisprudence en matière d'apport fait à une société de capitaux par un mineur non émancipé, à titre d'actionnaire, et suivant laquelle l'article 459 du Code civil prescrivant une adjudication publique en matière d'aliénation d'immeubles de mineurs est inapplicable à l'apport (5).

Ainsi, bien que la capacité requise pour être commerçant comporte en règle générale des exigences supérieures à celles requises en matière de capacité de disposer (cette dernière étant celle qui le plus souvent gouverne l'apport), le fait que le mineur régulièrement habilité à l'exercice d'une profession commerciale n'ait pas la possibilité d'aliéner librement ses

associé en nom ou commandité, il soit nécessaire qu'il ait été expressément autorisé à entrer en société en cette qualité. — Cf. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. I, n° 230; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 404.

146. — (3) V. *supra* n° 121.

(4) Art. 6, Code de commerce. — Cf. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. I, n° 228.

(5) V. l'analyse de cette jurisprudence *supra* n° 144.

immeubles montre qu'il est au moins un point sur lequel les conditions de la capacité de disposer s'avèrent plus strictes que les condtions de capacité requises du commerçant. L'objet de l'apport conserve donc même dans le cas où l'associé devient commerçant une certaine influence sur les conditions de capacité exigées.

147. — De l'hypothèse où l'associé acquiert la qualité de commerçant, il convient de rapprocher en matière de capacité l'hypothèse où l'associé sans devenir commerçant prend cependant, outre l'engagement d'effectuer son apport, un engagement dont le montant n'est pas immédiatement déterminable : obligation de garantie à l'égard des tiers ou participation aux dettes de la société. Cette situation se rencontre dans les sociétés à responsabilité limitée, dans les sociétés en participation ayant le caractère commercial et dans les sociétés civiles.

C'est en matière de *société à responsabilité limitée* que le caractère indéterminé de l'engagement de l'associé apparait le plus atténué. En effet ce caractère ne se présente que lorsque des apports en nature sont effectués au profit de la société et même dans ce cas il est si peu prononcé qu'il n'est pas du tout certain qu'il doive entraîner des exigences supplémentaires en matière de capacité.

Tout d'abord lorsqu'une société à responsabilitée se constitue avec des apports en numéraire seulement, l'apporteur en tout état de cause n'est tenu qu'au versement de son apport. Dès lors la situation se présente dans ce cas, au point de vue des conditions de capacité, de la même manière que pour les commanditaires et les actionnaires. Bien que l'apport de numéraire effectué au profit d'une société à responsabilité limitée constitue un acte de commerce (1), l'opération s'analyse en un simple placement de capitaux et les règles dégagées précédemment sur la capacité requise pour la souscription des actions (2) ou de parts de commandite s'appliquent intégralement.

Mais lorsqu'un ou plusieurs des membres de la société à responsabilité limitée effectuent un apport en nature, la situation se modifie puisqu'alors tous les associés y compris ceux ayant fait un apport en numéraire deviennent responsables, vis à vis des tiers, de la valeur donnée aux biens qui ont été l'objet d'un apport en nature.

La Cour de Paris voyant un cautionnement dans cette obligation supplémentaire qui incombe aux associés au cas où la société bénéficie d'apports en nature a considéré que dans ce cas un tuteur même autorisé par le conseil de famille ne peut

147. — (1) V. *supra* n° 62.
(2) V. *supra* n° 142.

valablement effectuer l'apport pour le compte de l'incapable dont il administre le patrimoine (3).

Cette solution rigoureuse a été fortement critiquée par la doctrine (4) et il est permis de souhaiter que la jurisprudence renonce à maintenir une telle prohibition (5) et permette aux mineurs d'entrer dans une société à responsabilité limitée, moyennant le seul respect, au point de vue capacité, des conditions requises pour pouvoir disposer du bien objet de l'apport (6).

148. — S'il semble ainsi souhaitable, moyennant certaines garanties essentielles, de permettre assez largement l'apport de biens de mineurs à une société à responsabilité limitée, par

147. — (3) Paris, 23 décembre 1939, D.C. 1941, J. 45, note RIPERT; S. 1940. II. 1, note H. ROUSSEAU.

(4) V. les notes précitées de MM. RIPERT et ROUSSEAU.

M. RIPERT relève avec pertinence que d'une part l'obligation de garantie pesant sur les membres d'une société à responsabilité limitée en cas d'apports en nature constitue une *responsabilité légale solidaire* des associés envers les tiers pour la valeur des apports, plutôt qu'un cautionnement — et qu'en second lieu, même s'il y avait cautionnement cela ne suffirait pas à écarter le mineur non émancipé de la constitution d'une société à responsabilité limitée, car le cautionnement qui est prohibé, en ce qui concerne le mineur, par la doctrine et la jurisprudence est le cautionnement donné gratuitement par le tuteur au nom du mineur dans l'intérêt d'un tiers. La règle admise pour un tel acte ne saurait être étendue à une obligation résultant de la constitution d'une société, opération faite dans l'intérêt de l'apporteur.

(5) En cette matière un moyen terme entre la solution rigoureuse adoptée par la Cour de Paris et celle très libérale préconisée par la doctrine peut être relevé dans un jugement du Tribunal civil de Rouen du 12 déc. 1949 (D. 1950, J. 289, note G. RIPERT; *Rev trim. dr. com.* 1951, chronique J. RAULT, p. 82). Cette juridiction considère en effet que des mineurs peuvent participer à la constitution d'une société à responsabilité limitée à laquelle sont faits des apports en nature, dès lors que l'évaluation de ces apports est inférieure ou égale à leur valeur réelle, car dans ces conditions une action des tiers en garantie se trouve écartée. Il faut voir dans la décision du Tribunal civil de Rouen la manifestation d'une des tendances actuelles de la jurisprudence française : le désir d'exercer dans certains cas une sorte de *vérification judiciaire de l'évaluation donnée aux apports en nature* (v. *infra* n° 227).

Dans un jugement du 26 janvier 1951 (J.C.P. 1952. II. 6794, note BASTIAN; Rev. trim. dr. com. 1952, chron. J. RAULT, p. 357), le Tribunal civil de Belfort s'est montré plus libéral encore que le Tribunal civil de Rouen et il a consacré la conception selon laquelle rien ne s'oppose à ce qu'un mineur concoure à la constitution d'une société à responsabilité limitée, même si des apports en nature sont effectués au profit de cette société.

(6) L'admission des mineurs dans les sociétés à responsabilité limitée serait du reste notablement facilitée si l'on admettait que c'est le *tuteur* et non le mineur qui doit assumer à titre principal envers les tiers la responsabilité de l'évaluation donnée aux apports en nature. Sur cette idée, v. *infra* n° 228.

contre lorsque les tribunanux prononcent la nullité d'une *société en participation à but commercial* dont fait partie un mineur, cette solution mérite d'être entièrement approuvée. La situation n'est pas en effet la même dans les deux cas et si l'on peut reconnaître le caractère de placement à l'apport fait à une société à responsabilité limitée, l'adhésion à une société en participation, qui présente généralement un caractère spéculatif, est beaucoup plus dangereuse pour le mineur.

C'est ce qu'a mis en lumière un arrêt de la Cour de Pau du 20 février 1942 (1). Cet arrêt justifie la nullité de la société en participation, dont un mineur fait partie, par un raisonnement très logique : lorsqu'une telle société présente à raison de son but le caractère commercial, l'adhésion des mineurs au contrat qui en est la base constitue un acte de commerce, soumis aux conditions des articles 2 et 3 du Code de commerce. Sans doute la souscription d'actions constitue-t-elle également un acte de commerce, ce qui n'empêche pas la doctrine et la jurisprudence de reconnaître au tuteur la possibilité de l'accomplir en vue du placement des deniers pupillaires. Mais les circonstances de fait qui permettent de justifier la validité de la souscription d'actions au nom du mineur ne se retrouvent pas en matière d'apport à une société en participation, du moins lorsque les participants sont tenus indéfiniment des pertes subies.

En effet lorsque l'apport présente le caractère d'un acte de commerce, le seul cas où il peut être permis au tuteur du mineur non émancipé de l'effectuer est celui où cette opération revêt le caractère d'un placement. Or l'une des différences essentielles qui existent entre le placement et la spéculation tient à ce que le placement suppose un minimum de sécurité que ne connait pas la spéculation. Celui qui fait un placement peut sans doute, lorsque ce placement s'avère malheureux, perdre sa mise. Mais du moins doit-on considérer qu'il ne peut perdre davantage. Lorsqu'une personne faisant un apport à une société est susceptible de se voir réclamer un jour, en raison des pertes subies par cette entreprise, une somme dépassant de beaucoup son apport, il est permis de dire que dans cette hypothèse l'apport ne présente pas le caractère d'un placement, mais constitue un acte de spéculation.

On peut ainsi légitimement considérer que, si parfois la spéculation est limitée dans son montant, du moins toutes les fois qu'un associé peut être rendu débiteur d'une fraction des

148. — (1) Pau, 20 février 1942, D.C. 1944, J. 79, note H. Lalou. Un pourvoi formé contre cette décision fut rejeté par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 juin 1947 (J.C.P. 1947. II. 3851, note Bastian) qui ne pouvait qu'approuver une solution aussi rationnelle.

dettes sociales au delà de son apport, son engagement ne constitue pas un placement : il s'agit d'un acte de spéculation. De ce principe il est aisé de déduire que les membres d'une société en participation à caractère commercial effectuent un simple placement seulement lorsque le pacte social contient une clause restreignant leur responsabilité (2). En effet, en cas de silence du contrat, chaque associé doit contribuer au passif pour une part virile et non pas seulement dans la limite de son apport (3). L'engagement de l'associé constitue donc dans ce cas un acte de commerce qui ne joignant pas à ce caractère celui de placement ne saurait échapper aux règles établies par les articles 2 et 3 du Code de commerce.

149. — Mais ne doit-on pas aller plus loin, ne peut-on pas considérer que l'entrée en société constitue un acte spéculatif interdit au tuteur, même lorsqu'elle présente le caractère civil, du moment que la responsabilité de l'associé n'est l'objet d'aucune limitation ? La question se pose pour les *sociétés civiles*. L'entrée dans une telle société entraîne en principe l'obligation de l'associé aux dettes sociales, pour une part virile (1). La situation est ainsi analogue à celle existant pour une société en participation à but commercial. Dans la note qu'il publie sous l'arrêt précité de la Cour de cassation du 9 juin 1947, condamnant l'adhésion de mineurs, représentés par leur tuteur, à une société en participation, M. Bastian (2) considère que pour résoudre le problème de l'entrée du mineur non émancipé en société, c'est sur le terrain de la limitation des engagements qu'il faut seulement se placer. « Les engagements de l'incapable sont-ils limités, dit cet auteur, l'entrée en société est possible ; s'ils ne le sont pas, toute participation à la société est interdite et cela quelles que soient les autorisations obtenues ». Sans doute, M. Bastian n'étend-il pas expressément la solution qu'il propose aux sociétés civiles, mais cette extension semble logique.

Cependant elle se heurte à la position extrêmement ferme adoptée traditionnellement par la majorité de la doctrine (3) qui considère que, malgré l'obligation illimitée aux dettes qui pèse

148. — (2) En présence d'une telle clause, l'entrée du mineur dans la société en participation serait possible dans les conditions où il lui est permis de devenir commanditaire ou actionnaire (cf. Bastian, note sous Cass. req., 9 juin 1947, précité).

(3) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 502. — Rappr. Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 727; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1065.

149. — (1) C. civ. ,art. 1863. — Cf. Beudant, *Cours de droit civil*, t. XII, n° 406; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 184.

(2) Note sous Cass. req., 9 juin 1947, J.C.P. 1947. II. 3851.

(3) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XI-2, n° 1001; Beudant, *Cours de droit civil*, t. XII, n° 406.

sur les membres d'une société civile, le tuteur peut valablement conclure au nom du mineur un contrat de société civile avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal et faire apport à la société des biens de l'incapable. Mais une telle solution qui consiste à étendre au contrat de société civile les règles de l'emprunt ne paraît guère satisfaisant puisque l'indétermination du montant de l'obligation des associés dans le cas d'une société civile contraste avec la stricte limitation des engagements qui existe dans le cas de l'emprunt (4).

Toutefois en l'absence de précisions légales ou jurisprudentielles en cette matière, cette solution doctrinale constitue le droit positif et il convient dès lors de remarquer qu'elle aboutit à écarter, en ce qui concerne l'entrée d'un mineur dans une société civile, toute règle de capacité tenant à l'objet de l'apport. En effet puisque le conseil de famille et ensuite le tribunal auront à délibérer sur l'opportunité de la participation du mineur au contrat de société civile envisagé, ils connaîtront par là même des apports prévus de la part du mineur. Si donc l'autorisation est accordée pour l'ensemble du contrat, les apports seront approuvés de ce fait et il n'y aura pas lieu de réunir à nouveau le conseil de famille pour délibérer à leur sujet, ni de faire statuer le tribunal une seconde fois.

150. — L'étude approfondie des conditions, dans lesquelles il est possible au tuteur d'un mineur de faire entrer en société l'incapable dont les intérêts lui sont confiés, montre que les conditions de capacité tenant à l'apport, souvent essentielles, s'effacent cependant derrière d'autres conditions ou se combinent avec elles lorsque l'engagement de l'associé présente un caractère indéterminé quant à son montant, notamment en raison d'une éventuelle participation aux dettes sociales au delà de l'apport. La même idée se retrouve en ce qui concerne les autres incapables.

B) Interdits et personnes pourvues d'un conseil judiciaire

151. — Les règles qui viennent d'être dégagées à l'égard du mineur non émancipé s'appliquent intégralement en cas d'apport effectué au nom d'un interdit légal ou judiciaire par son tuteur. Cet apport, possible chaque fois que l'entrée en société sera permise à l'incapable, sera soumis à des condi-

149. — (4) Quant au mineur émancipé, la doctrine lui permet d'entrer dans une société civile avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (v. HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 63). Ici la solution est parfaitement justifiée : le mineur émancipé qui est susceptible de devenir commerçant doit à plus forte raison être autorisé à participer à une société civile.

tions de capacité variant avec l'objet sur lequel il porte, ces conditions étant les mêmes que celles exigées du mineur non émancipé (1).

Le cas des aliénés non interdits ne nécessite pas de remarque spéciale en matière d'apport : le droit commun s'appliquant, l'apport qu'ils auront effectué ne pourra être annulé que s'il est établi qu'ils étaient en état de démence lorsqu'ils ont passé cet acte. Si l'aliéné est interné, l'administrateur de ses biens pourra le faire entrer en société en qualité de commanditaire ou d'actionnaire (2).

Quant aux prodigues et aux faibles d'esprit, ils peuvent effectuer avec l'autorisation de leur conseil judiciaire un apport en société d'éléments de leur patrimoine, dès lors que par cet apport ils n'acquièrent pas la qualité de commerçant (3).

152. — Dans tous ces cas il s'agit de problèmes de capacité, le sujet de droit qui se propose d'effectuer l'apport étant réputé en raison de son jeune âge ou de son état mental ne pas avoir une faculté de discernement suffisante pour lui permettre d'accomplir seul l'acte envisagé. Mais à côté de ce problème de capacité un problème de pouvoirs se pose toutes les fois qu'une personne va effectuer un apport pour le compte d'autrui, et dans certaines hypothèses ce problème se posera même si la personne entend disposer de son porpre patrimoine, dès lors qu'elle subit en ce qui concerne celui-ci quelques restrictions de pouvoirs.

§ 2. — POUVOIRS DE L'APPORTEUR

153. — De même qu'en matière de capacité se trouvaient exigées d'abord certaines conditions tenant à l'entrée dans la société et, ensuite seulement, d'autres conditions tenant à l'objet de l'apport, de même, en ce qui concerne les pouvoirs requis, cette dualité va se retrouver. Seuls les pouvoirs particuliers exigés en fonction de l'objet de l'apport entrent dans le cadre de la présente étude. Toutefois il apparait nécessaire de montrer dans quelle mesure l'exigence de ces pouvoirs particuliers s'efface parfois derrière l'exigence d'un pouvoir général d'entrer en société.

C'est en matière de régimes matrimoniaux que se posent les problèmes de pouvoirs les plus importants, la question devant

151. — (1) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 64.

(2) Cf. loi du 27 février 1880, art. 8.

(3) V. Cass. req., 28 mars 1892 (D.P. 1892. I. 265), considérant qu'une personne pourvue d'un conseil judiciaire peut faire partie d'une société en commandite en qualité de commanditaire, et par opposition : Cass. civ., 5 décembre 1850 (D.P. 1851. I. 42), décidant qu'une telle personne ne peut devenir associée en nom collectif.

être envisagée aussi bien lorsque l'apport est effectué par une femme mariée que lorsqu'il est effectué par le mari. Mais cette hypothèse n'est pas la seule : la faillite, du fait qu'elle entraîne dessaisissement du failli, pose également des problèmes de pouvoirs. Il en est de même du cas où un mandataire effectue un apport au nom de son mandant et de l'hypothèse voisine qui se présente quand l'apport est effectué par un organe administrant le patrimoine d'une société ou d'une association.

A) Apport effectué par une femme mariée ou par son mari

154. — Pleinement capable depuis la loi du 18 février 1938, la femme mariée peut aujourd'hui effectuer librement un apport en société comme tout autre acte juridique. Elle se heurte seulement en certains cas à une insuffisance de pouvoirs pour disposer d'un bien dont elle veut faire apport et les limitations qui lui sont imposées de ce fait varient suivant le régime matrimonial adopté.

De plus, vestige de l'ancienne incapacité, le mari peut s'opposer à l'apport que veut effectuer la femme, quand cet apport implique l'exercice d'une activité professionnelle. Il peut ainsi s'opposer à tout apport d'industrie promis par la femme, car effectuer un tel apport c'est en fait exercer une profession (1).

Lorsque l'apport consiste en un élément du patrimoine de la femme, le mari ne peut au contraire utiliser son droit d'opposition que pour des raisons tirées du rôle que la femme sera appelée à jouer comme associée, par exemple si la femme acquiert la qualité de commerçante ou si elle obtient un poste de gérant ou d'administrateur. Mais le mari pourra invoquer dans certains cas, pour faire tomber l'apport, le fait que la femme a outrepassé les pouvoirs qu'elle détenait.

Quand les époux sont mariés sous le *régime de communauté*, la femme ne peut disposer librement et sans autorisation que de ses biens réservés et de la nue-propriété de ses biens propres. En effet, en ce qui concerne les biens composant son patrimoine propre, la femme doit tenir compte du droit de jouissance qui appartient à la communauté. Si donc elle agit seule, elle ne pourra pas apporter en société la pleine propriété de ses biens propres, mais seulement la nue-propriété desdits biens (2). Comme l'apport en nue-propriété est très peu courant, la femme ne pourra guère profiter de cette possibilité. Tout au plus pourrait-on concevoir qu'elle puisse emprunter les sommes néces-

154. — (1) Toutefois la femme pourra obtenir la main-levée de cette opposition en établissant que la décision du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille.

(2) Cf. M. DE JUGLART, *Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942*, J.C.P. 1943. I. 327.

saires à la souscription de parts ou d'actions, en proposant aux prêteurs, comme gage, la nue-propriété de ses propres.

La situation se modifie lorsque la femme au lieu d'agir seule obtient l'accord du mari ou l'autorisation de justice. Tout d'abord le mari peut, en donnant son consentement à un apport effectué par la femme et portant sur la pleine propriété d'un bien propre de celle-ci, renoncer ainsi à se prévaloir du droit de jouissance appartenant à la communauté. Cette renonciation donne à la femme la libre disposition du bien dont elle veut faire apport. De plus en vertu de l'article 218 nouveau du Code civil le mari peut donner pouvoir à la femme de gérer la communauté. La femme acquiert alors la possibilité de disposer de l'usufruit qui grève son patrimoine propre au profit de la communauté et partant elle pourra dans ce cas effectuer un apport en pleine propriété d'éléments de son patrimoine propre.

Un tel apport peut également être réalisé par la femme au moyen de l'habilitation judiciaire prévue par l'article 217 du Code civil. En effet pour disposer du bien objet de l'apport, la femme n'est pas entièrement dépourvue de pouvoirs en ce qui concerne l'acte à accomplir. Ses pouvoirs sont seulement incomplets, en raison du droit de jouissance appartenant à la communauté. Les conditions requises pour l'application de l'article 217 seront donc remplies, dès lors que le mari refusera de consentir à l'apport en pleine propriété projeté par la femme, ou qu'il sera hors d'état de manifester son consentement. Ainsi même si le mari refuse son consentement à l'apport prévu, ce refus pourra être brisé par décision de justice, du moins quand il apparait injustifié.

La nécessité où se trouve la femme d'obtenir l'autorisation du mari ou l'habilitation judiciaire, pour disposer librement de la pleine propriété de ses propres en vue d'un apport, disparait dans l'hypothèse où la femme possède la qualité de commerçante. Ainsi la femme qui entre dans une société en nom collectif ou devient commanditée peut, en l'absence d'opposition du mari à cette entrée en société ou après mainlevée de l'opposition, faire apport à la société de tous les biens qu'elle possède à titre de propres. Elle n'aura en aucune manière à tenir compte des droits d'administration ou de jouissance appartenant au mari et à la communauté et qui tomberont du fait de l'apport. L'apport doit être en effet réputé dans ce cas réalisé pour les besoins du commerce et l'on entre alors dans le cadre des pouvoirs étendus accordés à la femme commerçante, commune en biens, sur ses propres, par l'article 5 du Code de commerce (3).

154. — (3) Cf. VOIRIN, *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942* (D.C. 1943, Leg. p. 59, n° 48) : « Ainsi la femme, qui en vertu du premier alinéa (de l'article 5 nouveau du Code de Commerce) engage, par ses dettes commerciales, la pleine propriété de ses propres, peut en outre, en vertu du second alinéa, aliéner ou hypothéquer lesdits biens ».

155. — La femme commune en biens, qui peut ainsi avec plus ou moins de liberté disposer de ses propres en vue d'un apport en société, n'est pas non plus dépourvue de pouvoirs sur les biens communs. Tout d'abord, comme la loi lui reconnait la faculté d'exercer les droits les plus étendus sur les biens dits « réservés », c'est à dire sur ceux qu'elle a acquis par l'exercice d'une profession séparée, la femme aura la possibilité de faire en toute liberté l'apport de ces biens.

En ce qui concerne les biens communs ordinaires, c'est au mari qu'il appartient normalement d'en effectuer l'apport. Et comme l'apport est un acte à titre onéreux, le mari pourra agir seul et sans le concours de sa femme. Dès lors il est permis de dire que la femme n'a pas sur les biens communs ordinaires le commencement de pouvoirs qui lui permettrait d'invoquer l'article 217 du Code civil et de briser le refus du mari lorsque celui-ci s'oppose à l'apport de tels biens (1). Mais la femme pourra utiliser l'article 219 du même Code. Lorsque le mari sera dans l'impossibilité de manifester sa volonté et que la femme se sera fait habiliter par justice à le remplacer dans la gestion des biens communs, elle pourra faire librement apport de ces biens ; elle agira ainsi comme représentante de son mari et l'apport sera opposable à celui-ci. La situation se présenterait d'une manière identique si la femme, au lieu d'être mandataire judiciaire de son mari, gérait la communauté en vertu d'un mandat conventionnel accordé par le mari, hypothèse prévue par l'article 218 du Code civil.

De même le pouvoir de représentation que la femme tiendra d'un mandat conventionnel ou d'une habilitation judiciaire fondée sur l'article 219 pourra concerner la gestion du patrimoine propre du mari et la femme munie de ce pouvoir aura la possibilité d'effectuer un apport en société à l'aide de biens figurant dans ce patrimoine. Toutefois comme il appartient au tribunal de fixer les limites du pouvoir de représentation qu'il attribue à la femme, si ce pouvoir ne porte que sur l'*administration* des biens propres du mari, la femme aura seulement la possibilité d'effectuer, à l'aide d'éléments de ce patrimoine,

155. — (1) V. cependant Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *Cours de droit civil*, t. III, n° 370. Selon cet ouvrage, la femme mariée sous le régime de communauté peut être autorisée par justice à effectuer un acte de disposition sur les biens communs en invoquant l'article 217 nouveau du Code civil. Une telle possibilité permettrait à la femme de briser sur ce point le refus du mari (si ce refus n'était pas justifié par l'intérêt de la famille) et de faire par exemple apport en société de biens communs ordinaires même contre le gré du mari. Cette solution semble excessive et il vaut mieux admettre avec d'autres auteurs (Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. III, n° 585) que, pour pouvoir disposer des biens communs, la femme doit remplir les conditions prévues par l'article 219.

des apports de numéraire constituant des placements, mais elle ne pourrait pas effectuer d'apports en nature, surtout concernant la propriété du bien qui en est l'objet.

156. — Les articles 217 et 219 s'appliquant aux deux époux de manière réciproque, le mari qui ne peut normalement disposer en vue d'un apport ni des biens propres de la femme, ni des biens réservés de celle-ci, pourra effectuer cet apport si, la femme étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il demande au tribunal d'être habilité à la représenter. Au contraire en ce qui concerne l'apport d'un bien commun ordinaire ou d'un de ses propres, le mari qui n'a pas à obtenir l'accord de sa femme pour effectuer un acte de disposition sur ces biens pourra en faire apport même si la femme ne peut manifester sa volonté ou s'oppose à l'opération prévue. Il est une hypothèse pourtant où le mari, qui désire effectuer un apport de biens propres, aura en pratique besoin du consentement de sa femme: c'est le cas où l'apport concernera la propriété d'un immeuble sur lequel aura été inscrit l'hypothèque légale de la femme. Dans ce cas l'acquéreur de l'immeuble (c'est à dire en l'espèce la société), désirant éviter un recours ultérieur de la femme, demandera généralement au mari d'obtenir que celle-ci accorde la mainlevée de cette hypothèque. Si la femme refuse de donner son consentement ou si elle est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le mari pourra utiliser l'article 2.163 *nouveau* du Code civil qui lui permet de demander la mainlevée judiciaire de l'hypothèque légale de la femme.

157. — C'est sous le *régime de séparation de biens* qu'apparaissent pleinement les conséquences de la suppression complète de l'ancienne incapacité de la femme mariée. La femme séparée de biens, pouvant disposer de son patrimoine personnel de la même maniere que si elle n'était pas mariée, aura donc la possibilité de faire apport de ses biens en toute liberté. En revanche elle ne peut agir sur le patrimoine de son mari ni par conséquent réaliser des apports en société avec des éléments de ce patrimoine, sauf si elle a été judiciairement habilitée à représenter son mari sur le fondement de l'article 219 ou si elle a reçu un mandat conventionnel de représentation. Sous ce régime la situation du mari est analogue à celle de la femme: il peut librement disposer de son patrimoine propre en vue d'un apport et ne peut utiliser celui de sa femme qu'en vertu d'un pouvoir de représentation judiciaire ou conventionnel. Toutefois comme même sous le régime de séparation de biens l'hypothèque légale de la femme mariée subsiste, le mari devra en pratique, s'il veut effectuer l'apport en propriété d'un immeuble sur lequel la femme a inscrit son hypothèque, obtenir la mainlevée amiable ou judiciaire de cette hypothèque.

158. — Les règles qui viennent d'être dégagées en matière de séparation de biens s'appliquent sous le *régime dotal* d'une part en ce qui concerne les biens paraphernaux, d'autre part en ce qui concerne les biens personnels du mari. Le cas des biens dotaux est au contraire plus complexe. En vertu du principe de l'inaliénabilité dotale, la règle générale est que la femme même avec l'autorisation du mari ne peut faire apport en société de ses biens dotaux. Mais l'inaliénabilité dotale comporte quelques tempéraments. Lorsque le contrat de mariage prévoit que l'aliénation des immeubles dotaux peut intervenir à charge de remploi et que parmi les valeurs pouvant servir de remploi figurent les actions ou parts d'intérêts de sociétés commerciales ou civiles, l'apport en nature des ces biens sera possible, de même que serait possible la vente desdits biens suivie d'un apport en numéraire destiné à servir d'emploi aux sommes provenant de cette vente. Pour effectuer dans ce cas l'apport des immeubles dotaux, la femme devra obtenir le consentement de son mari ; mais si le mari refuse ce consentement ou est dans l'impossibilité de le donner, la femme pourra demander l'application de l'article 217 du Code civil (1).

Lorsque le contrat de mariage ne prévoit pas la possibilité de remploi des immeubles dotaux en actions ou parts sociales, la femme pourra, en se prévalant selon les cas des articles 1557 ou 1556, alinéa 2, du Code civil, demander au tribunal d'autoriser l'apport. Mais il faudra établir que cet apport est rendu impérieusement nécessaire par le fait que la conservation du bien dans le patrimoine dotal ou son emploi en valeurs prévues par le contrat de mariage seraient susceptibles d'être très préjudiciables aux intérêts du ménage. Et du fait que, même pour le remploi judiciaire, le mari doit donner son accord, il devra consentir à l'apport dont la femme demande au tribunal de permettre la réalisation. Mais en cas de refus injustifié du mari de donner son consentement, il pourra être passé outre à ce refus par application de l'article 217 précité.

La dot mobilière est également inaliénable. Toutefois selon la doctrine dominante (2) fondée sur une longue tradition cette inaliénabilité ne joue qu'à l'égard de la femme ; le mari a le droit d'aliéner les meubles dotaux tant corporels qu'incorporels. Il peut donc en faire apport en société. Mais s'il existe dans le contrat de mariage une clause de remploi concernant la dot mobilière et ne prévoyant pas parmi les valeurs pouvant servir de remploi les actions ou parts d'intérêts de la société à laquelle le mari se propose d'effectuer l'apport, cet apport ne sera

158. — (1) VOIRIN, *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942*. D.C. 1943, Leg. p. 52, n° 15 *in fine*.

(2) RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. III, n° 1331. Rappr. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. IX-2, n° 1166 et s.

possible qu'avec l'autorisation du tribunal, lequel tient de l'article 1557 du Code civil le droit de permettre aux époux de faire le remploi en valeurs autres que celles prévues par le contrat de mariage.

159. — Aux restrictions diverses que le régime matrimonial choisi par les époux entraine quant à leur pouvoir de disposer librement de leurs biens en vue d'un apport, vient de superposer une prohibition d'ordre plus général concernant les *sociétés entre époux*. Ainsi le mari ou la femme ne pourra faire apport de ses biens à une société dont son conjoint fait partie, du moins s'il s'agit d'une société constituée *intuitu personæ*. Fondée à l'origine sur l'incompatibilité qu'il y avait entre la puissance maritale d'une part, l'égalité entre les associés résultant du contrat de société d'autre part (1) la prohibition des sociétés entre époux ne peut plus depuis 1938 être justifiée par cet argument (2). Le seul fondement qu'on puisse rationnellement lui donner aujourd'hui est que, par le jeu de leurs apports respectifs, les époux constituant une société entre eux pourraient tourner le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et ainsi frauder les droits des tiers (3). Dès lors comme ce risque de fraude aux droits des créanciers n'apparait que pour les sociétés entre époux constituées postérieurement au mariage, une société constituée antérieurement doit être regardée comme valable (4) car on ne peut considérer que les apports effectués au profit de cette société l'ont été pour faire échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et à l'équilibre des masses. Tout au plus peut-on craindre dans ce cas que des apports intervenant à titre d'augmentation de capital après le mariage entre les associés ne soient destinés à frauder les droits des créanciers de l'un des époux, mais il suffira alors de prononcer la nullité de l'augmentation de capital et non celle de la société.

La même idée de protection des droits des tiers, qui justifie ainsi dans une large mesure les restrictions apportées à la constitution de sociétés entre époux, se retrouve en matière de faillite : il s'agit ici de protéger les créanciers du débiteur failli, contre un apport effectué par ce dernier.

159. — (1) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 70; Cass. crim., 9 août 1851, D.P. 1852. I. 281; Cass. civ., 7 mars 1888. D.P. 1888. I. 349; Cass. req., 8 déc. 1891, D.P. 1892. I. 117.

(2) Cf. note H. Solus, sous Paris, 7 déc. 1954, J.C.P. 1955. II. 8526.

(3) Rappr. note A. Weill, sous Trib. civ. Strasbourg, 25 mai 1951, J.C.P. 1951. II. 6494.

(4) Cf. Guérin, *Vers la validité des sociétés entre époux*, D. 1950, chr. p. 25.

B) Apport effectué par un failli

160. — Comme la femme mariée, le failli n'est pas un incapable au sens que le droit civil donne à ce mot. Le dessaisissement qui résulte pour lui du jugement déclaratif de faillite s'analyse en une restriction apportée à ses pouvoirs d'administration et de disposition de ses biens, puisque les actes qu'il pourra éventuellement passer seront inopposables à la masse. La question de savoir dans quelle mesure il pourra effectuer un apport en société se pose donc.

Elle se pose même dès la période suspecte comprise entre la date de cessation des paiements et le jugement déclaratif, et pouvant dans certains cas remonter à dix jours avant la cessation des paiements. L'article 447 du Code de commerce permet en effet de faire tomber les actes à titre onéreux, et par conséquent les apports en société, effectués pendant cette période, lorsqu'ils peuvent être considérés comme accomplis en fraude des droits des créanciers. Mais l'article 447 se présente en réalité comme un cas particulier d'application de l'action paulienne et mérite à ce titre d'être étudié dans le cadre de l'apport frauduleux (1). Tant que le jugement déclaratif de faillite n'a pas été prononcé le failli ne subit pas encore de restrictions de pouvoirs ; il s'expose seulement à voir ses actes frauduleux annulés au profit de ses créanciers, la preuve de la fraude étant dans une certaine mesure facilitée à ceux-ci par rapport au droit commun.

Au contraire, à partir du jugement déclaratif, le failli est dessaisi de la gestion de ses biens. Et par ailleurs, comme il est frappé de certaines interdictions ou déchéances, son entrée en société se heurtera à un double obstacle, du moins chaque fois qu'elle entrainerait pour lui la nécessité d'avoir la qualité de commerçant.

Lorsque le failli se propose d'entrer dans une société en nom collectif, le problème se pose en effet de savoir à quelles conditions il peut être commerçant. C'est seulement lorsque cette première question est résolue qu'il y a lieu de rechercher quels biens il lui est possible d'apporter à la société. Autrefois on a pu légitimement considérer que seul ce second problème était à résoudre. En effet pendant longtemps la faillite n'a entraîné, pour la personne qui était l'objet de cette mesure, aucune interdiction d'entreprendre à nouveau des opérations de commerce soit individuellement, soit en participant à une société en nom collectif. Toutefois les engagements pris par le failli, par exemple la promesse de faire un apport en société étaient inopposables à la masse. Le failli ne trouvait donc pas d'obstacles à son entrée en société dans une interdiction géné-

160. — (1) V. *infra* nos 199 et s.

rale ou spéciale ; il se heurtait seulement à des difficultés lorsqu'il voulait réaliser son apport, du fait qu'il était privé de la libre disposition de ses biens.

La loi du 30 août 1947 est venue modifier cet état de choses. Généralisant certaines mesures antérieures qui avaient exclu les faillis de l'exercice de quelques professions notamment celle de banquier, elle interdit de manière complète à une personne ayant fait l'objet d'une mise en faillite de reprendre une activité commerciale. Mais elle prévoit que le failli pourra demander au tribunal de le relever de cette interdiction ou d'en déterminer la durée. Une intervention de justice est ainsi la condition nécessaire qui permet au failli d'entrer dans une société en nom collectif.

161. — Lorsque le failli aura été relevé de l'interdiction qui le frappe, ou lorsqu'il se proposera de faire un apport à une société en une qualité qui n'implique pas celle de commerçant, alors se posera pour lui la question de savoir quels biens il peut apporter à la société. La Cour de cassation a posé en principe dans un arrêt du 16 novembre 1887 (1) que « si le failli, quoique dessaisi de l'administration de ses biens, peut pour subvenir à ses besoins entreprendre un nouveau commerce, c'est à la condition qu'il n'y emploiera que des valeurs étrangères à la faillite ». Cet arrêt conserve son intérêt dans la mesure où la solution qu'il donne est compatible avec la loi du 30 août 1947. Dès lors même quand il ne se heurte pas à l'interdiction d'exercer une activité commerciale, le failli ne peut conclure un contrat de société aux termes duquel il apporterait des biens figurant dans l'actif de la faillite dont il est dessaisi. Il ne peut donc faire son apport qu'à l'aide de valeurs économiques qui ne sont pas comprises dans la faillite. En pratique il n'aura guère la possibilité que d'effectuer un apport en industrie et en l'absence de tout dol et de toute fraude de la part du failli, la masse ne pourrait prétendre s'opposer à un tel apport sur lequel elle ne possède aucun droit (2).

La situation est très différente lorsque le failli a obtenu un concordat, car l'effet du concordat est de mettre fin au dessaisissement en rendant au failli la disposition pleine et entière de son patrimoine. Le failli concordataire pourra donc réaliser librement l'apport qu'il se propose d'effectuer (3).

161. — (1) D.P. 1888. I. 325.

(2) Trib. com. Seine, 12 avril 1897, *J. Soc.* 1897, p. 438.

(3) Toutefois même dans l'hypothèse où il a obtenu un concordat, le failli demeure soumis à l'interdiction d'exercer le commerce tant qu'il n'a pas été relevé de cette interdiction par le tribunal et il ne peut dès lors effectuer son apport en qualité d'associé en nom ou de commandité. C'est le résultat paradoxal auquel aboutit la loi du 30 août 1947 (RIPERT, *L'assainissement des professions commerciales*

162. — Lorsque l'on envisage le cas de la femme mariée ou du failli le problème qui se pose est celui d'une insuffisance de pouvoirs de la part de la personne envisagée à l'égard de son propre patrimoine. Mais le problème de pouvoirs se pose également lorsque l'on veut agir sur le patrimoine d'autrui. Déjà les développements précédents ont permis de montrer que, dans certaines hypothèses la femme mariée avait la possibilité de se faire habiliter à représenter son mari en ce qui concerne la gestion de biens sur lesquels elle n'a personnellement aucun droit : par exemple sur le patrimoine propre du mari dans le régime de communauté. Et il a été relevé que l'origine du pouvoir de représentation de la femme était susceptible d'être, dans ce cas, judiciaire ou conventionnelle. Mais le mandat conventionnel entre époux n'est que l'application à une situation particulière d'une institution plus générale et il apparait nécessaire de préciser dans quelle mesure un apport en société peut être effectué par l'intermédiaire d'un mandataire.

C) Apport en société effectué par un mandataire

163. — L'étendue des pouvoirs que le représentant tient du mandat dépend des termes de celui-ci, le mandant disposant de toute liberté pour conférer à son mandataire des pouvoirs plus ou moins larges. Toutefois pour éviter que le représentant ne dépasse ses pouvoirs en profitant des termes peu clairs du mandat, l'article 1988 édicte une disposition protégeant les intérêts du mandant et stipule : « Le mandat conçu en termes « généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il « s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de « propriété, le mandat doit être exprès ».

Il apparait dès lors nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par mandat conçu en termes généraux : cette notion ne coïncide pas avec celle de mandat général (1). Alors que le mandat conçu en termes généraux s'oppose au mandat exprès, le mandat général s'oppose au mandat spécial (2). Donc en vertu

et industrielles, D. 1947, Chr. p. 141; RIPERT, *Dr. com.*, n° 2926; — *J.-Cl. Sociétés*, fascicule 8-5, n° 29). Mais sans doute les tribunaux prendront-ils l'habitude, en homologuant un concordat, de relever le failli, qui en bénéficie, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale (RIPERT, chronique précitée ; PALMADE, *La loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles*, J.C.P. 1947. I. 669, n° 12; *J.-Cl. com.*, fascicule « Articles 604 à 614 du Code de Commerce », n° 58).

163. — (1) Cf. *J.-Cl. civil*, fascicule « Articles 1987 à 1989 », n^{os} 1 et suiv.

(2) Le mandat *spécial* est aux termes de l'article 1987 celui qui concerne une affaire ou certaines affaires seulement. Le mandat *exprès* est celui qui est conçu en termes formels en ce qui concerne l'objet qu'il prévoit. Il peut concerner une catégorie générale d'actes qu'il donne pouvoir au mandataire d'accomplir. Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, n° 1463.

même de l'article 1988 du Code civil pour pouvoir effectuer valablement un acte de dispostion, tel qu'un apport en nature et en propriété d'un bien appartenant à son mandant, le mandataire n'a pas en règle générale besoin d'avoir obtenu un mandat spécial concernant individuellement l'acte à passer, mais seulement un mandat lui conférant expressément le pouvoir d'effectuer des apports en société ou même d'une manière plus large de conclure tous actes de disposition. Toutefois un mandat non seulement exprès mais spécial est exigé lorsque l'apport est effectué au profit d'une société à responsabilité limitée (3). Et de même si l'apport était effectué à titre d'associé en nom collectif ou de commandité, le mandataire devrait être tenu de justifier à la fois de son pouvoir de disposer du bien objet de l'apport et d'un mandat prévoyant expressément qu'il peut faire acquérir à son mandant une qualité qui entraînera pour celui-ci l'obligation illimitée de participer aux dettes sociales.

L'exigence d'un pouvoir exprès n'apparait nécessaire que lorsqu'il s'agit d'effectuer un apport en nature et en propriété. En effet lorsqu'il s'agit d'effectuer un apport en numéraire au profit d'une société anonyme ou en qualité de commanditaire, l'opération présente le caractère d'un placement (4) et partant d'un acte d'administration. Un mandat conférant au représentant pouvoir d'administrer le patrimoine du mandant rend donc possible un tel apport. Ce mandat permet également semble-t-il au mandataire d'effectuer l'apport en jouissance d'un bien autre que du numéraire, cet apport constituant également un acte d'administration (5), en raison de son analogie avec le bail (6). Toutefois il faut réserver ici comme précédemment le cas où un pouvoir spécial serait exigé en raison de la nature de la société.

Dans certains cas il arrivera que le mandataire ne fasse pas connaître sa qualité et que, laissant croire qu'il effectue l'apport pour son propre compte, il agisse ainsi en qualité de *prête-nom*. Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 3 janvier 1951 (7) a très pertinemment décidé qu'en matière de société « si une personne peut souscrire ostensiblement des actions ou des parts, du moment qu'elle entend s'obliger sérieusement et que la souscription n'est pas fictive, alors même qu'elle agit en réalité pour le compte d'un tiers, encore faut-il qu'aucune interdiction légale ne mette obstacle à la souscription. »

163. — (3) Art. 4, alinéa 3, Loi du 7 mars 1925 : « Tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial ».

(4) Cf. *supra* n° 140.

(5) En ce sens A. WEILL, *Apport d'un fonds de commerce en société*, J.-Cl. Sociétés, fascicule 13, n° 68.

(6) Sur cette analogie, v. *supra* n° 121.

(7) J.C.P. 1952. II. 6846, note BASTIAN.

On doit en effet considérer qu'une souscription ou un apport intervenu par l'intermédiaire d'un prête-nom est en principe valable, car la simulation n'est pas à elle seule une cause de nullité des contrats (8). Il y a simplement lieu d'appliquer l'article 1321 du Code civil et d'en déduire que les tiers sont en droit de considérer le prête-nom comme le véritable associé (9).

Cependant si le mandant cherche à demeurer inconnu, le motif en est souvent qu'il lui est interdit pour une raison ou pour une autre de participer directement à la constitution de la société. Dans ce cas l'intervention d'un prête-nom apparaît comme un moyen frauduleux ayant pour but de tourner une disposition légale. C'était le cas dans l'espèce soumise au Tribunal de la Seine, le 3 janvier 1951 : le prête-nom agissait pour le compte d'étrangers qui avaient fourni les fonds nécessaires mais ne pouvaient intervenir à l'acte de société qu'avec une autorisation de l'Office des changes, laquelle n'avait pas encore été accordée au moment de la constitution de la société. Le caractère illicite de l'intervention du prête-nom était donc manifeste et la nullité de la société était encourue pour fraude à la législation des changes (10).

De même il peut arriver que le prête-nom dissimule la personnalité d'un autre associé et que l'utilisation du prête-nom ait pour seule raison d'être de faire échec à la disposition légale exigeant l'existence de sept actionnaires en matière de société anonyme (11). Dans ce cas également l'intervention du prête-nom revêt un caractère illicite.

C'est donc seulement lorsque la convention de prête-nom ne cachera aucune fraude à la loi ni aux droits des tiers que l'on pourra en admettre la validité.

*
* *

De la situation des mandataires conventionnels qui doivent justifier d'un pouvoir suffisant se rapproche celle des gérants et administrateurs de sociétés ou d'associations ; en effet bien

163. — (8) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 566; Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 235 *in fine;* P. Pic, *De la simulation dans les actes de société*, D.H. 1935, Chr. p. 33.

(9) V. note Bastian sous Trib. com. Seine, 3 janv. 1951, précité. — Rappr. Paris 26 nov. 1932, *Gaz. Trib.* 1933 (1er semestre). II. 131 : « le prête-nom souscripteur d'actions d'une société anonyme est personnellement tenu des obligations par lui contractées en cette qualité ».

(10) Cette nullité ne fut du reste pas prononcée en définitive, car une réparation du vice était intervenue, le prête-nom ayant offert au groupe étranger dont il était le mandataire le remboursement des fonds avancés et cette offre ayant été acceptée.

(11) Cf. Copper-Royer et ses fils, *Traité des sociétés*, t. II, p. 225.

que ces gérants et administrateurs ne soient pas à proprement parler des mandataires au sens traditionnel du terme mais des organes de la personne morale, ils n'en agissent pas moins sur un patrimoine qui ne leur appartient pas et qu'ils sont seulement chargés d'administrer. Ils doivent dès lors justifier d'un pouvoir suffisant lorsqu'ils effectuent des apports au nom de la personne morale qu'ils représentent.

D) Apport en société effectué par une personne morale

164. — Parmi les personnes concourant à la constitution d'une société, peut figurer une autre société. Cette possibilité n'est plus discutée aujourd'hui (1). Le législateur lui-même l'a implicitement admise, du fait qu'il a réglementé la pratique des filiales.

Mais la participation d'une société à une autre pose le problème de savoir quel est l'organe social qui pourra décider cette participation et effectuer les apports prévus. Il faut alors distinguer selon que la société effectuant l'apport entend réaliser un placement provisoire de capitaux ou au contraire désire acquérir une fraction importante, voire majoritaire, des actions ou parts sociales de la société bénéficiaire de l'apport. Lorsqu'il s'agit d'un simple placement, par exemple d'un apport de numéraire destiné à la souscription d'un petit nombre de titres, l'opération entre dans le cadre des actes qui peuvent être accomplis par la gérance ou par le conseil d'administration. De même ces organes pourraient effectuer librement des apports en nature de biens qui ne sont pas indispensables à la poursuite de l'exploitation sociale, dans la mesure où il leur est permis d'utiliser ces biens en vue d'un autre acte de disposition, telle une vente par exemple.

Au contraire l'apport prévu peut concerner un bien particulièrement utile à la société, comme un fonds de commerce exploité par la personne morale, l'immeuble dans lequel ce fonds est exploité ou encore des brevets et marques employés par la société. Dans tous ces cas, et également dans celui où l'apport sans concerner un bien absolument indispensable à la société serait néanmoins d'un montant tel qu'il aboutirait à la constitution d'une filiale, l'opération dépassera les pouvoirs des gérants ou du conseil d'administration. Elle devra alors être acceptée par les associés dans des conditions qui varient selon le type de société envisagé.

Dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, l'apport d'un élément essentiel du patrimoine social devra être autorisé par l'unanimité des associés. Dans une société

164. — (1) Cf. A. Henry, *Des sociétés de sociétés*, J. Soc. 1919, p. 161.

en commandite par actions, il faudra que le gérant soit habilité à effectuer l'apport par l'assemblée générale des commanditaires, et dans les sociétés à responsabilité limitée l'accord de la majorité des membres de la société sera nécessaire. Dans les sociétés anonymes, l'assemblée générale des actionnaires devra donner son consentement. L'assemblée générale que l'on réunira à cette occasion pourra être une assemblée ordinaire (2) lorsque l'apport tout en concernant un élément important n'entraînera pas la nécessité d'opérer des modifications statutaires. La réunion d'une assemblée générale extraordinaire sera au contraire nécessaire chaque fois que l'apport envisagé rendra indispensable des modifications aux statuts notamment si la société bénéficiaire de l'apport a un « objet social » différent de celui de la société qui effectue l'apport.

Les règles qui viennent d'être dégagées en matière d'apport effectué par une société s'appliquent principalement lorsque l'apport en nature concerne la pleine propriété du bien sur lequel il porte. En effet il s'agit d'une aliénation à titre onéreux (3) qui ne peut être décidée que par les organes de la société habilités à effectuer une telle opération (4). Il est permis de se demander si les mêmes règles régissent l'apport en jouissance.

Lorsque l'apport en jouissance concerne un bien qui n'est pas indispensable à la poursuite de l'exploitation sociale, il n'est pas douteux qu'un raisonnement *a fortiori* permet d'étendre ici les solutions admises pour l'apport en propriété : puisqu'un

164. — (2) HOUPIN, *Du consentement nécessaire à la réalisation d'apports en nature par une société par actions*, J. Soc. 1928, p. 641. — Il importe de remarquer, avec cet auteur, que si le conseil d'administration était expressément autorisé par les statuts à faire participer la société à la constitution de toutes autres sociétés par voie d'apport, des apports même d'éléments très importants du patrimoine social pourraient être effectués par le conseil sans que l'autorisation de l'assemblée générale soit requise, dès lors que ces apports n'auraient pas pour effet de conduire à la liquidation de la société apporteuse ou à la modification de son « objet social ». Par contre, lorsque les statuts autorisent le conseil d'administration à effectuer toutes ventes d'immeubles, on doit décider que cette disposition ne peut pas être étendue à l'apport (HOUPIN, *op. cit.*, p. 644). Elle présente en effet le caractère d'une autorisation exceptionnelle et doit s'interpréter restrictivement : or la vente et l'apport en propriété, bien que présentant certaines analogies, ne sont pas deux opérations identiques. Mais si l'autorisation statutaire concernait *l'aliénation* d'immeubles, l'apport en propriété serait alors possible car il constitue bien une aliénation à titre onéreux et le conseil d'administration pourrait l'effectuer seul.

(3) V. *supra* n° 95.

(4) Cf. A. COHEN, *Traité des fonds de commerce*. Cet auteur étudiant les pouvoirs nécessaires pour effectuer l'apport en société d'un fonds de commerce (n° 778) renvoie, en ce qui concerne les pouvoirs des gérants et administrateurs, aux développements qu'il leur a consacrés en matière de vente de fonds de commerce (n° 220).

tel apport est permis dans ce cas aux gérants et administrateurs, il doit en être de même à plus forte raison d'un apport effectué en jouissance seulement. Mais lorsque l'apport en jouissance concerne un élément essentiel du patrimoine de la société, est-il possible, en se fondant sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un acte d'aliénation, de décider qu'il entre dans le cadre des pouvoirs de la gérance ou du conseil d'administration ? Il ne le semble pas. En effet quoique la propriété du bien envisagé ne cesse pas d'appartenir à la société qui effectue l'apport en jouissance, l'exploitation sociale sera privée de la libre disposition du bien qui par hypothèse lui est indispensable. Il s'agit donc d'une décision grave qui dépasse l'administration courante des affaires sociales. Il n'en serait autrement que si cet apport en jouissance présentait le caractère d'une mesure conservatoire ou était prévu pour une durée très brève.

165. — Les sociétés ne sont pas les seules personnes morales de droit privé pouvant entrer en société. Les associations le peuvent également du moins si elles sont déclarées, car autrement elles ne jouissent d'aucune capacité juridique et ne possèdent aucun patrimoine propre. Certes même les associations déclarées ne peuvent effectuer d'actes de commerce à titre principal ; elles ne peuvent accomplir professionnellement de tels actes (1) et ne sauraient dès lors effectuer des apports en qualité d'associées en nom ou de commanditées. Mais comme il leur est permis d'effectuer des actes de commerce à titre isolé (2), on doit les autoriser à effectuer des apports à titre d'actionnaire ou de commanditaire, dans la mesure où ces apports correspondent à un simple désir de placer leurs capitaux disponibles et ne constituent pas le début d'opérations spéculatives.

Comme pour les sociétés, la question se pose alors de savoir quel est l'organe de l'association qui sera qualifié pour effectuer l'apport. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un placement de capitaux au moyen d'une souscription, les personnes chargées de la gestion des biens de l'association pourront effectuer l'apport en numéraire afférent à cette souscription. Toutefois si l'apport n'était pas libéré immédiatement en totalité et si par conséquent, des versements ultérieurs devaient intervenir, l'assemblée générale devrait donner son consentement à l'opération (3). Il en serait de même dans les cas plus rares où l'apport au lieu de concerner du numéraire serait un apport en nature ayant pour objet un élément du patrimoine de l'association. L'assemblée générale qui, sauf disposition contraire des

165. — (1) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 30.
(2) R. DEMOGUE, *Capacité d'acquérir des associations déclarées*, Rev. trim. dr. civ., 1931, p. 9.
(3) Cf. *J.-Cl. Sociétés*, fascicule 8-5, n° 58.

statuts, doit autoriser les ventes d'éléments de ce patrimoine devra également donner son consentement à un apport en nature.

166. — Toute la matière des pouvoirs exigés pour l'accomplissement d'un acte juridique est (au moins dans la mesure où la question de pouvoirs se pose à propos d'un acte à effectuer au nom d'autrui) dominée par l'idée d'assurer la protection des intérêts du représenté. C'est qu'en effet le représentant donne à la place de son mandant le consentement qui est nécessaire à la validité de l'acte juridique. On peut donc dire que l'exigence d'un pouvoir suffisant de la part du mandataire se rattache à l'ensemble des mesures destinées à assurer la protection du consentement des parties.

SECTION II

LE CONSENTEMENT DES PARTIES

167. — Dans le contrat de société traditionnel, chaque associé est appelé à donner un consentement exempt de tout vice. Dans le contrat d'apport passé entre la société anonyme et l'apporteur, chacune des parties doit également donner son consentement. C'est là une conséquence du caractère contractuel que l'on doit reconnaître en toute circonstance à la participation à une société, commerciale ou non. Les parties doivent se mettre d'accord sur tous les points figurant dans le pacte social et en particulier sur l'apport de chaque associé.

Le consentement qui est donné doit être sérieux et non vicié. En matière de société, la violence est excessivement rare et il n'y a pas lieu de lui consacrer de développement spécial. Au contraire l'étude de l'erreur se révèle plus intéressante, car précisément ce vice peut porter sur l'apport comme sur les autres éléments du contrat de société. Et il en est de même du dol, d'application plus fréquente encore en cette matière en raison des manœuvres frauduleuses qui précèdent parfois la constitution des sociétés.

La lésion doit, elle aussi, figurer parmi les vices du consentement. Sans doute peut-on adopter une conception objective de la lésion, y voir un problème d'équilibre entre l'apport de l'associé et les droits sociaux qu'il reçoit en échange. Mais cette position ne tient compte que d'une vue superficielle des choses : en réalité si l'on recherche pourquoi le contractant lésé a donné son consentement à la convention, on s'apercevra que cela tient soit à une erreur sur la valeur du bien acquis ou cédé, soit à une contrainte qui n'émane pas nécessairement du cocontractant

mais peut tenir à des circonstances économiques particulières. Dans les deux cas la lésion se rattache donc à la théorie des vices du consentement (1). Et comme en matière d'apport en société seule la lésion due à une erreur apparaît d'application pratique, les développements concernant la lésion trouvent tout naturellement leur place à la suite de ceux consacrés à l'erreur.

§ 1. — L'ERREUR

168. — Si l'on peut poser comme principe général que l'erreur vicie le consentement, il est certain que les circonstances dans lesquelles elle se produit jouent un rôle important. L'erreur peut être plus ou moins déterminante. Aussi le droit français considère-t-il qu'elle fait tantôt disparaître complètement le consentement, tantôt le vicie simplement, et tantôt n'exerce aucune influence.

L'erreur est d'abord parfois susceptible d'aboutir à une *absence totale de consentement*, mais le cas est fort rare et l'on ne cite guère que des hypothèses d'école. A côté du malentendu sur la nature du contrat (par exemple l'une des parties croyant réaliser une vente, alors que l'autre pense qu'il s'agit d'une mise en société) ou du désaccord sur l'exploitation à entreprendre, figure *l'erreur sur la consistance des apports*. Ainsi il y a défaut complet de consentement, si une personne possédant deux usines a entendu mettre en société l'usine A alors que son cocontractant croyait qu'il s'agissait de l'usine B.

Mais l'erreur, et c'est un cas plus fréquent, peut simplement vicier le consentement (1). Encore faut-il pour qu'il en soit ainsi que l'erreur présente un caractère suffisant de gravité. Il résulte en effet de l'article 1110 du Code civil qu'on doit retenir l'erreur comme vice du consentement seulement lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui est l'objet de la convention. Ainsi en matière de société, l'erreur peut être considérée comme *substantielle* si elle porte sur la forme juridique de la société (l'une des parties croyant participer à une société à responsabilité limitée alors qu'il s'agit d'une société en nom collectif) ou s'il s'agit d'une erreur sur la personne, dans les sociétés où l'*intuitus personae* est considéré comme déterminant (2). Et à côté de ces erreurs portant sur l'économie générale du contrat de société, on trouve également comme

167. — (1) Comp. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, p. 136. « Il y aurait tout avantage à... faire rentrer la lésion dans la grande catégorie des tares de la volonté juridique ».

168. — (1) Comme l'indiquera un développement ultérieur (*infra* nos 178 et s.), la sanction est différente selon qu'il y a défaut absolu de consentement ou simple vice du consentement.

(2) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 78.

erreurs susceptibles d'être retenues en tant que vices du consentement, certaines erreurs sur les apports, tant il est vrai que l'on voit figurer, étroitement unies à chaque stade des conditions de formation, les conditions tenant à l'économie générale de la société et les conditions tenant à l'apport.

L'erreur en matière d'apport vicie le consentement si elle affecte une qualité substantielle de l'un quelconque des biens apportés. La notion de qualité substantielle a donné lieu à de nombreuses controverses, certains auteurs se ralliant à une interprétation objective, d'autres adoptant une interprétation subjective (3). L'interprétation subjective semble préférable ; on peut définir la qualité substantielle comme étant pour l'un des contractants la qualité qu'il a eue principalement en vue et sans laquelle il n'aurait pas conclu la convention. Mais le cas échéant on peut réintroduire des éléments objectifs lorsque l'on se heurte à de trop grandes difficultés de preuve. On peut ainsi parfaitement considérer que si une usine est apportée en société, les coassociés de l'apporteur ont en vue son exploitation et attachent dès lors une grande importance à ce qu'elle ne soit pas actuellement louée à une autre entreprise. Si par conséquent il se révèle après la conclusion du contrat de société que l'usine a été l'objet d'un contrat de location antérieur empêchant ainsi son exploitation par la société avant d'assez longs délais, les coassociés de l'apporteur pourront, même en l'absence de toute faute de la part de celui-ci, soutenir que leur consentement a été vicié.

Au contraire l'erreur sur une qualité non substantielle de l'apport est réputée ne pas affecter le consentement. Quant à l'erreur sur la valeur des apports, son étude se confond avec celle de la lésion.

§ 2. — LA LÉSION

169. — C'est un fait bien établi que la lésion n'est pas admise comme élément susceptible de vicier le contrat de société (1). La question s'est posée en matière d'apport d'immeubles en société : on pouvait songer, en invoquant la ressemblance de cette opération avec une vente, à étendre à l'apport les dispositions édictées par l'article 1674 du Code civil qui autorise la rescision de la vente d'immeubles pour lésion de plus des

168. — (3) V. notamment en faveur de l'interprétation objective : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, t. IV, 4e édition, p. 296, texte et note 2; en faveur de l'interprétation subjective : JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, nos 61 et s.

169. — (1) ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 86; Dijon, 15 juil. 1921, *J. Soc.* 1924, p. 28.

sept douzièmes. Mais la Cour de cassation (2) s'est à juste titre prononcée en sens contraire et a déclaré l'action en rescision pour lésion de plus de sept douzièmes irrecevable en matière d'apports et cela bien qu'il se soit agi dans l'espèce soumise à la Cour régulatrice d'un apport mixte dont la contre-partie était constituée pour les deux tiers par une somme d'argent et pour un tiers par l'attribution de droits sociaux. La même solution doit à plus forte raison être étendue à l'apport pur et simple et l'arrêt précité de la Cour de cassation contient un attendu qui ne laisse aucun doute à ce sujet (3). D'ailleurs, bien avant que la jurisprudence n'adopte cette position, la majorité de la doctrine (4) avait admis que l'article 1674 du Code civil ne s'appliquait pas à l'apport (5).

Plusieurs motifs peuvent en effet être invoqués pour refuser l'extension à l'apport d'immeubles de la rescision pour lésion de plus de sept douzièmes. On peut en premier lieu se fonder sur le but poursuivi par le législateur lorsqu'il a institué cette rescision : il a voulu uniquement protéger le propriétaire qui pressé par le besoin d'argent consentirait à céder son immeuble à vil prix. Or il est certain que l'apporteur n'obéit pas à une nécessité de ce genre. Rien ne l'oblige à entrer en société. Bien plus, en faisant apport de son immeuble, il se prive de la possibilité de se procurer, par une vente, des ressources immédiates, car même s'il obtient, en contre-partie, des titres négociables d'une société anonyme par exemple, ces titres devront rester attachés à la souche pendant les deux premières années. Il n'est donc pas à craindre que l'apporteur agisse sous l'emprise de la nécessité, comme cela serait possible de la part d'un vendeur.

Une deuxième raison peut être invoquée en vue d'écarter la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes en matière

169. — (2) Cass. req. 12 juin 1945 (S. 1946. I. 32; J.C.P. 1946. II. 3203, note D.B.) confirmant un arrêt de la Cour de Grenoble du 7 juillet 1943 (J.C.P. 1943. II. 2416, note D.B.).

(3) « Attendu... d'autre part que l'apport proprement dit d'un immeuble à une société ne peut donner lieu à rescision pour lésion de plus de sept douzièmes ».

(4) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 16; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I., n° 105.

(5) Il faut réserver bien entendu le cas où, sous l'apparence d'un apport, se dissimule une véritable vente. Il est alors possible d'écarter l'acte apparent et de rendre à l'opération sa nature exacte : celle d'une vente. Cette vente peut être rescindée pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. — V. en ce sens Cass. com., 10 juin 1953, J.C.P. 1954. II. 7908, note Bastian. En l'espèce le prétendu apporteur avait revendu, dès la constitution de la société, les parts sociales reçues en échange de son apport. — Rappr. Cass. 1re sect. civ., 26 mai 1954, *Bull. Cass. civ.* 1954, I, n° 170, p. 145.

d'apport. La rescision suppose en effet l'existence d'éléments qui se prêtent parfaitement à une comparaison. En face du bien cédé doit figurer un prix et c'est en établissant l'inéquivalence de ces deux prestations que l'on fait apparaître la lésion. L'attribution de droits sociaux à la place de numéraire confère à l'opération un certain caractère aléatoire (6) qui rend beaucoup plus difficile l'appréciation de la lésion et justifie dès lors l'absence d'action en rescision en matière d'apport.

Ces deux arguments font ressortir que c'est l'attribution d'une somme d'argent au cédant en matière de ventes d'immeubles qui rend possible et opportune l'application à ce contrat de la rescision pour lésion. L'absence de prix en matière d'apport entraîne donc, cette fois dans le domaine de la lésion, une nouvelle et importante différence entre l'apport et la vente.

170. — La jurisprudence et la doctrine refusent ainsi en l'absence de manœuvres frauduleuses toute protection à l'associé dont l'apport a été sous-évalué et qui est de ce fait victime d'une lésion plus ou moins importante. Mais il est permis de se demander si la même solution doit être étendue au cas où la lésion est supportée non par l'apporteur mais par ses coassociés ou par la société. Il en est ainsi au cas d'exagération dans l'estimation des apports. La *surévaluation des apports en nature* est un danger certain en matière de société. Il y a là une fraude ordinaire difficile à déjouer. Et il peut sembler à première vue qu'il y aurait intérêt à admettre la nullité de l'apport sur la preuve de la surévaluation, sans exiger que soit établie l'existence d'une intention frauduleuse dont la preuve est toujours délicate. Deux catégories de personnes peuvent avoir à redouter la surévaluation : d'une part les coassociés de l'apporteur, d'autre part les tiers. La protection que le législateur a établie en faveur de ces derniers sera étudiée plus loin (1) ; seule est en effet envisagée présentement la protection du consentement des parties.

Les coassociés d'un apporteur en nature se trouvent lésés à la suite d'une surévaluation des apports de celui-ci et l'on s'est préoccupé de les protéger. A vrai dire le législateur a surtout voulu éviter qu'ils ne soient victimes d'une fraude ou d'un dol de la part de l'apporteur. Et en ce qui concerne la majoration non frauduleuse des apports, la jurisprudence décide qu'elle ne vicie pas le contrat de société (2). Il n'en serait autrement

169. — (6) V. *supra* n° 54.

170. — (1) V. *infra* n° 222.

(2) Cf. Dijon, 15 juil. 1921, *J. Soc.* 1924, 28, et, à propos d'une société à responsabilité limitée, Cass. req. 7 déc. 1936, *Gaz. Pal.* 1937. I. 159, 1er arrêt.

que si cette majoration était tellement excessive qu'elle permettrait d'appliquer la théorie des apports fictifs et de prononcer la nullité de la société sur ce fondement (3).

Il peut paraître rigoureux de refuser ainsi de tenir compte d'une manière générale, dans les rapports *inter partes*, de la surévaluation non frauduleuse des apports. Mais cette solution se justifie. En effet dans le cas de sociétés de personnes, les associés participent généralement tous à la rédaction des clauses du contrat et par conséquent à l'évaluation des apports en nature. Ils auront donc la possibilité de faire procéder aux expertises nécessaires et seront d'autant plus incités à la prudence que dans certains types de sociétés, par exemple dans une société à responsabilité limitée, ils seront garants à l'égard des tiers de l'évaluation qui figurera dans le contrat. Si par conséquent ils se sont trompés dans leur estimation, ils n'auront à s'en prendre qu'à leur négligence et, si l'erreur n'était pas susceptible d'être révélée même par un examen attentif, ce ne sera qu'un des aléas normaux inhérents à toute exploitation en société.

171. — La situation est toute différente dans les sociétés anonymes et l'on pourrait trouver injuste de priver les actionnaires de tout recours en cas de surévaluation non frauduleuse des apports en nature, si le législateur ne leur donnait pas un moyen préventif d'éviter cette surévaluation. Les actionnaires souscripteurs de numéraire n'interviennent pas en effet au contrat d'apport qui est conclu entre un apporteur en nature et les fondateurs d'une société anonyme agissant en tant que gérants d'affaires au nom de la personne morale en formation. Or une affaire peut être mal gérée : les fondateurs peuvent méconnaître leur devoir et passer des contrats d'apports léonnaires pour la société.

Il faut donc permettre aux actionnaires souscripteurs de numéraire, qui risquent au premier chef d'être victimes de cette lésion, d'exercer un contrôle sur l'évaluation résultant de l'accord des apporteurs en nature et des fondateurs. La loi de 1867 comporte sur ce point une réglementation minutieuse (1). Dans son article 4, elle exige lorsque des apports en nature sont faits à une société anonyme que deux assemblées générales constitutives soient tenues. La première nomme des commissaires-vérificateurs, chargés de rédiger un rapport qui doit être

170. — (3) Cf. Bourges, 30 juin 1936, *Gaz. Trib.* 1936. II. 362.

171. — (1) Sur la procédure de vérification des apports en nature dans les sociétés par actions, v. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, nos 678 et s.; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, nos 919 et s.; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, nos 712 et s., et suppl., 1937, p. 105 et s. — *Adde* chronique J. Rault, *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 439.

imprimé et mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée. Cette seconde assemblée prend une décision à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés. Mais pour que les clauses portant évaluation des apports en nature soient approuvées et dès lors entrent en vigueur, il faut que la majorité qui les ratifie comprenne au moins le quart des actionnaires et représente le quart du capital social en numéraire, c'est-à-dire sans tenir compte de la fraction constituée par les apports en nature. Ceux qui ont fait ces apports ne participent pas au vote, même s'ils ont souscrit des actions de numéraire : leur intérêt personnel est en effet en opposition avec celui de la société.

Ces formalités dont le but est ainsi de protéger le consentement des apporteurs de numéraire se sont dans la pratique révélées assez peu efficaces : en effet il arrive que les commissaires-vérificateurs présentent un rapport dépourvu de sincérité. C'est pourquoi les décrets-lois du 8 août 1935 et du 31 août 1937 ont tenté d'assurer plus d'indépendance à ces commissaires, en écartant de cette fonction un certain nombre de personnes, notamment celles ayant des liens de famille ou d'intérêt avec les fondateurs ou les apporteurs en nature.

Mais quelle que soit l'inefficacité pratique du sytème de vérification des apports en nature dans les sociétés anonymes, il n'en reste pas moins qu'il permet au législateur et à la jurisprudence de réputer qu'une fois l'évaluation des apports en nature approuvée par la seconde assemblée constitutive, cette évaluation ne peut plus être attaquée que pour dol ou fraude (2).

On peut donc dire que lors de la deuxième assemblée constitutive, la société, par l'intermédiaire de son représentant qualifié l'assemblée générale des actionnaires, est appelée à ratifier les contrats d'apports en nature conclus par ses fondateurs en tant que gérants d'affaires.

172. — Quand, en l'absence de tout dol établi, il a été commis une erreur d'appréciation lors de l'approbation des apports, aucune action en justice ne sera accordée pour y porter remède. L'apporteur n'aura aucun recours si son apport a été estimé au-dessous de sa valeur (1) ; les souscripteurs d'actions n'en auront pas davantage si l'apport a été estimé trop cher. Sans doute plus tard un désaccord résultant de la surévaluation apparaîtra-t-il entre l'actif social et le capital. Le seul remède est alors la réduction du capital. Celle-ci est possible,

171. — (2) Paris, 2 avril 1886, *J. Soc.* 1886, p. 717; Paris, 11 mars 1907, S. 1908. II. 9; Trib. com. Seine, 4 avril 1887 (*J. Soc.* 1890, p. 103) et 31 octobre 1887 (*J. Soc.* 1890, p. 60).

172. — (1) Cass. civ. 10 janvier 1881, S. 1881. I. 251.

car la jurisprudence (2) n'a pas considéré que l'utilisation de ce procédé en cette hypothèse constituait un moyen illicite destiné à tourner la règle de l'irrévocabilité de la décision de la seconde assemblée constitutive concernant l'évaluation des apports en nature. Mais la réduction de capital, qui se manifestera par exemple par une diminution de la valeur nominale des actions, s'appliquera à tous ces titres, en vertu du principe de l'égalité des actionnaires. Les apporteurs de numéraire subiront alors pleinement les effets de la surévaluation des apports en nature.

Si cette solution semble logique lorsque l'apporteur du bien exagérément apprécié ne donne pas son assentiment à une révision de l'évaluation de son apport, il n'en est pas de même lorsque l'apporteur consent à cette révision. Cette dernière attitude est parfaitement concevable puisque l'on suppose par hypothèse que la majoration n'est pas intervenue frauduleusement (3) et la jurisprudence en fournit un exemple : la Cour de Paris, dans un arrêt de 1907 (4), relève pour établir la bonne foi d'un apporteur le fait qu'il avait spontanément consenti à la réduction de l'estimation de son apport, lorsque l'erreur d'évaluation s'était révélée, postérieurement à la réunion de la seconde assemblée constitutive. Mais l'arrêt ne dit pas quel procédé pouvait être employé pour réviser cette évaluation. Il apparaît que la solution pratique la meilleure serait que l'apporteur qui consent à voir réduire l'estimation de son apport remette à la société une certaine partie des actions qui lui ont été attribuées, cette remise s'effectuant bien entendu sans contre-prestation et empruntant par exemple la forme juridique d'une transaction (5) ou d'une renonciation. Un certain nombre d'actions ayant ainsi fait retour à la société, une réduction de capital serait alors possible, sans que les souscripteurs d'actions de numéraire aient en quelque manière à souffrir de l'opération.

Bien entendu l'utilisation d'un tel procédé suppose une particulière bonne foi de la part de l'apporteur. Mais si comme cela vient d'être indiqué, l'acceptation spontanée de la part de l'apporteur d'une révision de l'estimation du bien surévalué peut apparaître comme un fait constitutif de sa bonne foi, ne faut-il pas à l'inverse admettre qu'un refus de révision en présence d'une surévaluation considérable et indiscutable constitue un indice ou une présomption de la mauvaise foi de l'apporteur ? C'est sans doute aller un peu loin en l'état actuel de notre

172. — (2) Cass. req. 9 février 1903, S. 1904. I. 329.

(3) S'il y avait eu fraude en effet, un recours fondé sur cette fraude serait recevable. — V. *infra* n° 173.

(4) Paris, 11 mars 1907, S. 1908. II. 9.

(5) Sur la possibilité d'une transaction destinée à réparer une erreur commise dans l'évaluation des apports, v. Paris, 1er mars 1937, *Rev. trim. dr. sociétés*, 1938, p. 163.

jurisprudence, car pour admettre l'existence d'un dol, les tribunaux exigent qu'il y ait des manœuvres frauduleuses caractérisées.

§ 3. — LE DOL

173. — Si le dol est susceptible de se rencontrer dans n'importe quel type de société, il est surtout fréquent en matière de société anonyme et la jurisprudence est assez abondante sur ce point. Il arrive ainsi que des manœuvres frauduleuses soient employées par les fondateurs ou les administrateurs d'une société pour amener les souscripteurs à contracter, mais souvent aussi ces manœuvres se proposent d'aboutir à une surévaluation des apports en nature. Dans les deux cas on admet qu'il y a vice du consentement, mais du point de vue de la présente étude, l'intérêt se concentre surtout sur la surévaluation frauduleuse des apports en nature.

S'agissant de l'apport d'un bien destiné à être exploité par une société, un certain nombre de faits peuvent être retenus comme constituant un dol émanant soit de l'apporteur, soit des fondateurs désirant faire ratifier par les associés souscripteurs d'actions de numéraire une convention lésionnaire pour ces derniers. Il peut y avoir déclaration mensongère concernant la prospérité d'une entreprise industrielle ou commerciale dont il est fait apport à la société. Il en est ainsi par exemple de fausses expertises concernant la valeur d'un minerai ou la capacité de production d'une usine, de l'affirmation de faits inexistants, par exemple de sondages qui n'ont pas été effectués ou n'ont pas donné les résultats qu'on leur attribue (1). Il en est de même de dissimulations de charges importantes grevant le bien apporté (2). Par contre des réticences, des renseignements incomplets ou inexacts, des allégations imprécises sur les avantages ou les qualités du bien apporté, le silence gardé sur certains de ses défauts, ne sont pas considérés comme des faits constitutifs du dol. Les juges du fond jouissent ici d'un large pouvoir d'appréciation et d'une manière générale la jurisprudence se montre assez restrictive dans l'admission du dol. Ainsi un jugement du Tribunal de commerce de la Seine (3) a considéré que des circulaires et des articles de journaux contenant des affirmations aventureuses et des réclames exagérées ne pouvaient malgré leur multiplicité constituer des manœuvres frauduleuses (4).

173. — (1) Cf. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, p. 139.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 729.

(3) Trib. com. Seine, 31 octobre 1887. *J. Soc.* 1890, p. 60.

(4) Rappr. Cass. req. 14 juillet 1862, D. P. 1862. I. 430 (prospectus contenant des allégations mensongères destinées à provoquer des

Cette exigence de manœuvres frauduleuses caractérisées s'explique par la règle traditionnelle dans notre droit selon laquelle seul le dol déterminant vicie le consentement, le dol incident étant réputé n'exercer aucune influence (5). Pour que le dol soit considéré comme déterminant, il faut que l'on puisse présumer qu'en son absence la partie qui en a été victime n'aurait pas contracté. Il faut par conséquent en premier lieu que les manœuvres qui le constituent aient revêtu une certaine importance, mais il faut également qu'elles aient porté sur les considérations essentielles qui motivaient le consentement de l'associé.

174. — D'autre part le dol doit, en vertu de l'article 1116 du Code civil, émaner d'une personne partie au contrat. La question n'a pas été sans soulever quelques difficultés en matière de sociétés. Mais elles peuvent être résolues de manière satisfaisantes si l'on fait intervenir la distinction, précédemment exposée (1), entre l'hypothèse où il existe un véritable contrat de société et celle où il n'existe qu'un contrat d'apport.

Dans le cas d'un *contrat de société,* il est permis de considérer que les affirmations mensongères d'un des associés quant au bien qu'il met en société vicient le consentement de tous ses coassociés qui en sont victimes. Il peut arriver aussi que plusieurs coassociés soient complices d'une surévaluation frauduleuse : leur dol vicie alors le consentement des coassociés non complices. Bien entendu si tous les associés étaient complices de la surévaluation, aucun d'entre eux ne pourrait invoquer le dol ; seuls les tiers auraient qualité pour agir et la question se poserait en dehors du domaine de la protection du consentement des parties.

On peut enfin concevoir que les coassociés d'un apporteur en nature utilisent des manœuvres frauduleuses pour l'amener à une sous-évaluation de son bien. Dans ce cas également le dol doit être retenu (2).

175. — En ce qui concerne les *sociétés anonymes* où les hypothèses de manœuvres frauduleuses sont les plus fréquentes,

souscriptions) ; Lyon, 24 janvier 1913, *J. Soc.* 1915, p. 194 (appréciations erronées et téméraires). — *Adde* sur le point de savoir si une simple réticence peut constituer un dol, la note de M. Breton sous Cass. civ. 30 mai 1927, S. 1928. I. 105.

173. — (5) Cass. req. 14 juillet 1862, précité.

174. — (1) V. *supra* n° 33.

(2) V. dans une hypothèse analogue (agissements dolosifs des membres d'une société en nom collectif en vue d'amener un tiers à fournir son concours et ses capitaux à cette société dont la situation était désespérée), Cass. req. 9 mai 1905, D.P. 1908. I. 476, S. 1910. I. 317.

les actionnaires dont les souscriptions auront été obtenues par des manœuvres frauduleuses ne pourront invoquer le dol que s'il émane des représentants légaux de la société (1), c'est-à-dire des fondateurs s'il s'agit d'une société en formation ou des administrateurs s'il s'agit d'une société procédant à une augmentation de capital. La société doit en effet être déclarée responsable des actes accomplis par les fondateurs et les administrateurs en son nom et à son profit. Mais la société ne serait pas responsable des actes délictueux commis par ces personnes, en dehors de leurs fonctions, dans leur propre intérêt. Ainsi la jurisprudence décide que si les combinaisons dolosives attribuées à quelques administrateurs ont été motivées par l'intérêt strictement personnel de ceux-ci, elles sont inopposables à la société (2).

A l'égard des apports en nature il importe de remarquer que les souscripteurs d'actions de numéraire, qui n'ont pas été partie aux conventions d'apport conclues par les fondateurs, peuvent être facilement induits en erreur au sujet de la valeur exacte desdits apports. Certes le législateur a organisé une vérification de la sincérité de l'évaluation des apports en nature, mais, en raison de l'insuffisante efficacité de cette mesure de protection (3), il a fallu n'attacher un caractère définitif à l'approbation des apports par l'assemblée constitutive qu'en l'absence de dol ou de fraude. Cette dernière hypothèse a été expressément réservée par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 (4).

Au cours de la constitution d'une société anonyme, la fraude ou le dol en matière de surévaluation d'apports est ainsi susceptible d'intervenir lors de la conclusion du contrat d'apport entre les fondateurs et l'apporteur. Parfois seul l'apporteur est de mauvaise foi et utilise des manœuvres frauduleuses pour tromper les fondateurs, eux-mêmes de bonne foi. Si les fondateurs s'aperçoivent de la tromperie avant l'assemblée constitutive, ils pourront dénoncer le contrat d'apport et il ne sera pas dû de dommages-intérêts à l'apporteur qui se verra refuser toute indemnité par les tribunaux en raison de ses manœuvres frauduleuses. Mais par ailleurs le capital n'étant plus intégralement souscrit, la constitution de la société devra être reprise sur de nouvelles bases.

Si les fondateurs ne s'aperçoivent pas du dol et proposent à l'assemblée la ratification de l'apport, la situation sera la

175. — (1) Cass. req. 30 juill. 1895, S. 1896. I. 288; Aix, 9 févr. 1949, J.C.P. 1949. II. 5068. — Rappr. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 108; ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. II, n° 601-3°.

(2) Cass. civ. 8 déc. 1891, S. 1892. I. 61, D. 1892. I. 539.

(3) V. *supra* n° 171.

(4) Cf. Trib. com. Seine, 25 mai 1886, *J. Soc.* 1890, p. 63.

même que celle résultant d'une collusion frauduleuse entre l'apporteur et les fondateurs sauf que ceux-ci verront dans la première hypothèse leur responsabilité moins lourdement engagée car on ne pourra tout au plus leur reprocher qu'une faute de négligence.

Dans le cas d'une collusion frauduleuse entre l'apporteur et les fondateurs ou certains des fondateurs, c'est souvent lorsque le contrat d'apport en nature sera présenté à l'assemblée constitutive pour ratification que les fondateurs useront de manœuvres dolosives pour obtenir un vote favorable (5).

Si l'assemblée, éclairée par exemple par le rapport des commissaires-vérificateurs, refuse son approbation, le contrat d'apport ne se formera pas définitivement ; il se trouvera dans la situation d'un contrat intervenu entre un gérant d'affaires et un tiers, et que le maître de l'affaire refuse de ratifier. Puisque par hypothèse ce contrat d'apport est frauduleux, on ne peut invoquer qu'il présente de l'utilité pour la société, et celle-ci ne devra bien entendu pas de dommages-intérêts, ni à l'apporteur dont le bien est refusé, ni aux fondateurs. Mais le refus de l'assemblée est lourd de conséquences, car la société prévue ne peut alors se constituer.

Si l'assemblée ratifie le contrat d'apport celui-ci devient définitif et prend effet. Toutefois lorsqu'ultérieurement la fraude ou le dol est prouvé, il est possible, comme cela a été indiqué, d'invoquer le vice du consentement de même qu'en cas de gestion d'affaires le maître de l'affaire peut invoquer que la ratification qu'il a donnée a été obtenue par dol.

176. — Les règles qui viennent d'être ainsi dégagées en cas d'exagération frauduleuse dans l'estimation des apports lors de la constitution de la société doivent être étendues au cas où l'apport intervient au cours de la vie sociale par le moyen d'une augmentation de capital. Ce sont les administrateurs et non plus les fondateurs qui passent le contrat d'apport, mais l'assemblée des actionnaires est toujours appelée à donner son approbation. Cependant du fait que la société a été régulièrement constituée à l'origine, le refus de ratification ou la nullité pour dol du contrat d'apport n'ont pas alors les mêmes conséquences que dans l'hypothèse où la constitution de la société dépend de la ratification et de la validité de ce contrat.

Il se pose ici un problème de sanction et ce problème dépasse le cadre du dol : la méconnaissance de chaque condition

175. — (5) Sur le dol pratiqué par les apporteurs, fondateurs ou vérificateurs dans les assemblées constitutives en vue de tromper les actionnaires, v. Cass. civ. 10 nov. 1897, D.P. 1899. I. 529; Trib. com. Seine, 25 mai 1886, précité.

de formation entraîne certains effets et les différentes sanctions qui s'attachent aux conditions de formation tenant aux parties peuvent être utilement comparées.

SECTION III

SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION TENANT AUX PARTIES

177. — Le droit connaît un nombre important de sanctions de tous ordres mais, en matière d'actes juridiques ne remplissant pas les conditions de formation que la loi exige d'eux, la sanction la plus fréquente est la nullité. C'est cette sanction qui assurera dans la plupart des cas le respect des règles qui viennent d'être dégagées. Mais il est permis de se demander, puisque par hypothèse les conditions de formation étudiées sont motivées par l'apport et viennent se combiner avec d'autres qui résultent d'éléments différents du contrat de société, si la nullité doit en toute circonstance s'étendre à la société ou si elle peut être, dans certains cas tout au moins, limitée à l'apport.

De lege ferenda en effet on peut concevoir deux sanctions possibles en cas de méconnaissance des conditions de formation de la société qui résultent de l'apport. Parfois il sera possible de songer à une sanction restreinte, la *nullité de l'apport,* la société restant parfaitement valable. Une telle solution n'apparaît évidemment possible qui si l'apport annulé constituait une faible partie du patrimoine de la société et portait sur un bien facilement remplaçable pour l'exploitation sociale. Dans la plupart des cas le fait que l'apport constitue un élément essentiel du contrat de société entraînera la nécessité de sanctionner par la *nullité de la société* l'inobservation des conditions tenant à l'apport.

Cette distinction qui peut être ainsi faite entre la nullité de l'apport et la nullité de la société est susceptible d'être transposée dans une certaine mesure sur le plan du droit positif. Et il semble utile de rapprocher cette distinction d'une autre précédemment indiquée : l'opposition entre l'hypothèse où il existe un véritable contrat de société et celle où il existe seulement un contrat d'apport. Dans les sociétés de personnes où l'on peut en effet considérer que l'apport n'est qu'un élément d'un contrat plus vaste, la société, il semble normal d'admettre que la méconnaissance d'une condition de formation, qu'elle tienne ou non à l'apport, doit être sanctionnée par la nullité de la société. Par contre, en ce qui concerne les sociétés de capitaux dans lesquelles un contrat d'apport est passé entre la personne

morale et l'apporteur, il peut sembler illogique de décider que si ce contrat est vicié par exemple par l'incapacité de l'apporteur, la nullité de l'être moral doit automatiquement en résulter. Ne peut-on pas imaginer alors la simple annulation du contrat d'apport vicié ?

Première éventualité : Il existe un véritable contrat de société.

178. — La distinction de droit commun entre nullité relative et nullité absolue est difficilement applicable en matière de société. En effet, en ce qui concerne les nullités relatives qui sont des nullités de protection suivant le droit commun, seule la personne que la loi désire protéger a le droit d'agir pour demander l'annulation : elle peut exercer ce droit quand bon lui semble, elle peut si elle le désire effacer la nullité par une confirmation. En présence de ce droit absolu, les tiers demeurent dans l'incertitude. L'application stricte de ces règles en matière de société risquerait d'aboutir à une solution inextricable, car par exemple le sort d'une société dont un mineur ferait irrégulièrement partie serait ainsi entre les mains de ce mineur et de lui seul.

Les inconvénients d'une telle solution ont été de longue date mis en lumière (1). La jurisprudence et la doctrine sont intervenues pour apporter des remèdes : à côté des nullités d'ordre public, on trouve en matière de société des nullités de protection aménagées de manière à sauvegarder les intérêts des coassociés et des tiers.

En ce qui concerne les conditions de formation tenant aux parties, les cas de nullité d'ordre public sont peu nombreux. Le plus important est celui des sociétés entre époux, hypothèse qui ne concerne qu'indirectement l'apport. Le second cas de nullité d'ordre public est l'hypothèse d'un défaut absolu de consentement. Si ce défaut tient parfois à l'apport, lorsqu'il s'agit par exemple d'une erreur sur la nature ou l'identité de la chose à apporter, ce cas présente un caractère exceptionnel. Les règles de droit commun des nullités absolues s'y appliquent : il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter.

179. — Par contre les nullités pour incapacité ou pour vice du consentement seront très souvent le résultat de la méconnaissance des conditions de formation tenant à l'apport. En effet parmi ces nullités de protection prennent place notamment celles qui interviennent lorsqu'une personne a fait à la société apport d'un bien dont elle n'avait pas la capacité de

178. — (1) R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909.

disposer et celles qui résultent d'une erreur sur une qualité substantielle de l'apport. Seul en principe peut agir dans ces hypothèses, l'apporteur incapable (1) ou victime de l'erreur ; la société fonctionne valablement tant que l'intéressé ne s'est pas prévalu du vice ou de l'incapacité. Mais pour sauvegarder les intérêts légitimes des associés et des tiers, il faut reconnaître aux coassociés la faculté d'obliger par une action provocatoire l'apporteur incapable ou victime de l'erreur à déclarer s'il entend invoquer la nullité résultant soit du vice de son consentement, soit de son incapacité. L'apporteur devra renoncer, par une confirmation, à toute action éventuelle en nullité ou au contraire se prononcer pour la nullité. Selon le parti qu'il prendra, la société continuera à exister et sera à l'abri de toute annulation ou bien elle devra être liquidée selon les règles admises pour les sociétés de fait (2).

On voit donc que si la condition de formation envisagée tient à l'apport, la sanction de sa méconnaissance se situe sur le plan de la société et non sur celui de l'apport. Lorsque l'apporteur a vu son consentement vicié ou était incapable, ce n'est pas son engagement seul, mais tout le contrat de société, qui, du moins dans les sociétés de personnes, subit la nullité. La solution est logique puisque dans cette hypothèse l'apport n'est qu'un élément du contrat de société ; si donc un vice tenant à cet élément se révèle, c'est le contrat lui-même dont tous les éléments sont indissociables qui doit être annulé.

Une telle règle se justifie parfaitement lorsqu'il s'agit d'un apport effectué au moment de la formation de la société. Mais peut-il en être de même, toujours dans le cas d'une société de personnes, lorsque l'apport est effectué au cours de l'existence de la société, à l'occassion par exemple d'une augmentation de

179. — (1) Lorsque l'apport a été effectué non par le mineur incapable, mais par son tuteur dans les hypothèses où l'apport excède les pouvoirs de ce dernier (par exemple en cas d'apport à une société en participation), il est permis de se demander si au lieu de se fonder sur l'incapacité du mineur, on ne peut pas invoquer le défaut de pouvoirs du tuteur, ce qui doit alors entraîner l'inopposabilité du contrat à l'égard du mineur (Cf. H. Lalou, note sous Pau, 20 févr. 1942, D.C. 1944, 79). C'est en effet l'inopposabilité de l'acte à certaines personnes qui est la sanction normale du *défaut de pouvoirs :* inopposabilité au mari (ou à la femme) de l'apport accompli par son conjoint en dehors des pouvoirs que celui-ci tient du régime matrimonial; inopposabilité, à la masse des créanciers, de l'apport effectué par le failli après le jugement déclaratif; inopposabilité au mandant de l'apport conclu par le mandataire qui a dépassé ses pouvoirs. Dès lors au regard de la société, l'apport, effectué par une personne qui n'avait pas le pouvoir de disposer du bien, est un apport de la chose d'autrui (Sur un tel apport, v. supra nos 22 et s.).

(2) Sur le sort des biens apportés, lors de la liquidation des sociétés de fait, v. *infra*, nos 274 et s.

capital. La question a surtout un intérêt pratique pour les sociétés à responsabilité limitée, qui font assez fréquemment appel au procédé de l'augmentation de capital. On décide généralement qu'une société valablement formée ne peut être annulée pour un fait postérieur à sa constitution (3).

Bien que les conditions de formation requises des parties soient les mêmes, que l'apport soit effectué lors de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital, l'inobservation de ces conditions n'aura donc pas les mêmes conséquences selon le moment de la vie sociale où se produit l'apport. Alors que la méconnaissance des conditions de formation à l'origine entraînera la nullité de la société, cette méconnaissance dans l'hypothèse d'un apport effectué au cours de la vie sociale n'entraînera que la nullité de l'augmentation de capital. Cette nullité se traduira au point de vue pratique par l'existence d'une société de fait formée entre les nouveaux associés et la société préexistante, société de fait à la liquidation de laquelle il faudra procéder.

A la limite on peut concevoir une augmentation de capital constituée par un seul apport et ce sera souvent le cas dans l'hypothèse d'un apport en nature. La méconnaissance d'une condition de formation se traduira alors par une simple nullité de l'apport. Mais bien entendu si cette nulllité n'est prononcée qu'après un certain laps de temps pendant lequel la société a fonctionné en utilisant l'apport comme partie intégrante de son patrimoine, l'apporteur pourra, le cas échéant, prétendre à une part de bénéfices en plus de la restitution de son bien.

Ainsi dans l'hypothèse d'un apport effectué au cours de l'existence de la société, la sanction des conditions de formation n'est pas la nullité de la société. mais la nullité de l'apport ou de l'augmentation de capital, cette dernière n'étant en réalité que la somme des opérations d'apports. La différence de sanction s'explique par le fait que, dans l'hypothèse de l'apport réalisé pendant la vie de la société de personnes, l'être moral existe préalablement et que par conséquent, contrairement à ce qui se produit lors de la constitution de ces sociétés, on peut admettre qu'une convention portant sur l'apport est passée entre l'apporteur et la personne morale. Cet état de choses se rapproche de celui qui existe pour les sociétés de capitaux : mais dans celles-ci, le fait que des contrats d'apport soient conclus dès la constitution de la société entraîne, en matière de nullité, des conséquences différentes de celles qui se produisent en matière de sociétés de personnes.

179. — (3) Cf. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, p. 288.

Seconde éventualité : Il existe un contrat d'apport.

180. — Dans les grandes sociétés de capitaux, où comme un développement antérieur l'a montré (1) il est permis de considérer que chaque apporteur passe avec la société représentée par ses fondateurs des contrats d'apport dont une variété très importante est constituée par les contrats de souscription, faut-il décider que, si un certain nombre de souscriptions sont annulables pour incapacité ou vice du consentement du souscripteur, la société peut être déclarée nulle ? En toute logique il serait nécessaire de l'admettre car dès lors que l'annulation d'une souscription est demandée le capital social ne peut plus être réputé avoir été intégralement souscrit. Or cette souscription intégrale est une des conditions essentielles de validité de la société anonyme. Mais comme par ailleurs la nullité d'un contrat de souscription pour incapacité ou erreur est une nullité de protection, le sort de la société serait entre les mains des apporteurs dont la souscription a été viciée : selon qu'ils invoqueraient la nullité ou accepteraient de confirmer leur souscription, ils pourraient entraîner ou non la nullité de la personne morale.

On voit quelle serait la disproportion entre l'intérêt respectable mais limité qui est celui de l'apporteur et le dommage que serait susceptible de causer la nullité de l'être moral : un incapable, souscripteur d'un très petit nombre d'actions, pourrait ainsi faire annuler une société dont le capital serait de plusieurs centaines de millions. Il semble impossible d'admettre une pareille solution. D'autant qu'il s'agirait de souscriptions en apparence valables lors de la constitution de la société et dont le vice ne serait reconnu qu'après une certaine période de fonctionnement de la personne morale.

Envisageant la *nullité d'une souscription pour dol,* la jurisprudence (2) et la doctrine (3) ont toujours considéré que cette nullité ne saurait produire effet à l'égard des créanciers sociaux, car il est un principe constant selon lequel le dol ne peut être invoqué que contre les personnes l'ayant commis. Le souscripteur victime du dol devra donc se libérer, si les créanciers de la société l'exigent. Mais il pourra invoquer dans ses rapports avec la personne morale, les manœuvres frauduleuses dont il a été la victime et ainsi, dans les rapports *inter partes,* refuser

180. — (1) V. *supra* n^{os} 44 et s.

(2) Cass, req. 10 févr. 1868, D.P. 1868. I. 379; Trib. com. Lyon, 24 avril 1931, *J. Soc.* 1932, p. 104.

(3) Hémard, *Nullités de sociétés,* n° 118; Ripert, *Dr. com.,* n° 624; Houpin et Bosvieux, *Soc.,* t. I, n° 79; Pic et Kréher, *Soc. com.,* t. I, n° 401.

d'effectuer son apport. Il pourrait également agir contre les personnes l'ayant déterminé à contracter, pour leur demander réparation du préjudice qui lui a été causé.

Quant à la *nullité d'une souscription pour erreur ou incapacité,* il faut décider, avec la majorité de la doctrine (4), qu'elle n'entraîne pas en règle générale la nullité de la société, parce que la constitution des sociétés anonymes ne s'effectue pas en prenant en considération la personne des actionnaires. Lorsque certains souscripteurs demanderont l'annulation de leur engagement, il suffira de les remplacer en proposant leurs titres à d'autres personnes. L'on admet en effet qu'aucune action en nullité de la société ne saurait être intentée dès lors que la souscription annulée a été remplacée par une souscription valable. S'il a été trouvé un nouvel actionnaire qui prend exactement la place de l'ancien, le capital social demeure intact et aucune sanction juridique ne se justifierait (5).

Sans doute théoriquement faudrait-il établir une nouvelle déclaration de souscription et de versement qui devrait être soumise à une nouvelle assemblée constitutive, mais il semble que dans la pratique on se dispense d'accomplir une seconde fois ces formalités, estimant à juste titre que le seul point essentiel est la souscription intégrale du capital (6).

On aboutit ainsi malgré tout à une solution assez satisfaisante puisque la nullité de la société ne sera encourue en cas d'annulation de souscription que si l'ancien apporteur de numéraire n'a pas pu être remplacé. Mais la Belgique connait en cette matière une solution moins empirique que la nôtre et certains auteurs (7) désireraient voir cette solution adoptée par le droit français. L'article 35, § 2, du Titre IX du Code de commerce belge contient en effet une disposition en vertu de laquelle, lorsque l'un des engagements des souscripteurs vient à tomber, il est remplacé par la responsabilité des fondateurs qui sont réputés souscripteurs de plein droit de toute la partie du capital qui n'a pas été valablement souscrite (8). Ainsi de toute manière la nullité n'affecte que la souscription et non

180. — (4) HÉMARD, *Nullités de sociétés,* n° 236; JOLY, *Dictionnaire Soc. anonymes,* 1re partie, V° *Constitution,* n° 9.

(5) En effet l'incapacité entraîne la nullité de la souscription mais non la nullité de la société anonyme. Cette dernière nullité ne peut résulter qu'*indirectement* de l'annulation des souscriptions pour incapacité : elle tiendra au fait que le capital social ne sera plus entièrement souscrit par suite de l'annulation de certaines souscriptions. Il s'agit alors non d'une *nullité de droit commun,* mais d'un *vice de constitution* réparable par le remplacement des souscriptions annulées au moyen de souscriptions valables.

(6) JOLY, *loc. cit.*

(7) HÉMARD, *Nullités de sociétés,* n° 236.

(8) Cf. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge,* t. IV, n° 284 *in fine.*

la société. C'est le résultat à atteindre en matière de société anonyme, car c'est le seul logiquement compatible avec l'idée que dans ce type de personnes morales il n'y a pas un contrat de société mais un grand nombre de contrats d'apport relativement indépendants et concourant cependant à la réalisation d'un but unique.

181. — En matière de contrat d'apport de numéraire, la nullité de quelques souscriptions est par conséquent susceptible d'être palliée sans que la société ait à en souffrir gravement. Mais la situation peut-elle être la même si *le contrat d'apport annulable concerne un apport en nature ?* Il faut semble-t-il distinguer en ce cas selon que le bien qui fait l'objet de l'apport est fongible ou non. S'il s'agit de choses fongibles, la situation ne saurait être différente de celle qui existe en cas d'apport de numéraire : il suffira de remplacer l'apporteur qui désire faire annuler son contrat par un autre qui sera disposé à mettre en société la même quantité du même bien. Mais si l'apport annulé concerne un corps certain, la simple substitution d'un apporteur à un autre devient impossible. La nullité du contrat d'apport entraînera la nullité de la société (1). Sans doute s'il se trouve une personne susceptible d'apporter à l'être moral des biens présentant pour l'exploitation sociale une utilité analogue à celle présentée par les biens dont l'apport avait été originairement prévu, la création de la société pourra être reprise, mais il s'agira alors d'une personne morale nouvelle, entièrement différente au point de vue juridique de la première société.

Lorsque le bien qui faisait l'objet du contrat d'apport annulé, tout en étant un corps certain, ne présentait qu'une importance très secondaire pour la société, il peut paraître regrettable que la personne morale soit déclarée nulle. Mais il ne saurait en être autrement en l'état actuel des textes législatifs, et même *de lege ferenda* la solution se justifie. En effet, le contrat de souscription des apporteurs de numéraire comporte une adhésion aux statuts de la société. Or ces statuts doivent obligatoirement exposer de façon précise les conventions d'apport en nature conclues par les fondateurs, de manière à ce que les apporteurs de numéraire contractent en connaissance de cause. Les souscripteurs doivent donc être réputés avoir donné leur consen-

181. — (1) Lorsqu'il y a eu majoration dolosive dans l'évaluation d'un apport en nature, les représentants de la société lésée, au lieu d'intenter l'action en nullité de l'apport qui aboutira à faire prononcer la nullité de la société, peuvent se contenter d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre l'associé auteur du dol. Ces dommages-intérêts viendront accroître l'actif social et feront ainsi disparaître le préjudice causé à la société par les manœuvres dolosives de l'apporteur (Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 946, Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 729; Wahl, *J. Soc.* 1911, p. 122 et s.).

tement, en tenant compte des apports en nature faits à la société, ces apports permettant d'établir quelques prévisions quant à l'avenir de la personne morale. Si l'un des contrats d'apport en nature est annulé, on ne saurait donc permettre à la société de continuer à exister. Sans doute peut-on concevoir que les souscripteurs de numéraire préfèreront voir l'exploitation sociale continuer avec d'autres apports en nature plutôt que de la voir définitivement interrrompue. Mais l'on comprend que dans cette hypothèse il soit nécessaire d'exiger que toutes les formalités constitutives depuis l'origine soient recommencées : c'est le seul moyen de s'assurer de la réalité de l'attachement des souscripteurs à la poursuite de l'exploitation sociale sur de nouvelles bases ; c'est également le seul moyen d'éviter toute fraude.

181 bis. — Si telles sont les solutions admises en cas d'apport fait lors de la constitution d'une société de capitaux, on ne saurait les étendre à l'hypothèse où l'apport est effectué lors d'une *augmentation du capital de la personne morale*. L'on retrouve pour les sociétés de capitaux le principe qui a été indiqué précédemment pour les sociétés de personnes et selon lequel une société valablement constituée à l'origine ne saurait être annulée pour un fait postérieur à sa formation. Ce principe prend une force particulière en ce qui concerne les sociétés anonymes (1). Il se combine avec les règles qui viennent d'être exposées en matière d'apport effectué lors de la constitution de ces sociétés. Il est ainsi nécessaire de distinguer selon que les apports formant l'augmentation de capital sont des apports en numéraire ou en nature. S'il s'agit d'apports en numéraire, l'annulation de quelques souscriptions pour incapacité ou vice du consentement n'entraînera la nullité de l'augmentation de capital que si l'on ne parvient pas à remplacer les souscripteurs qui ont demandé l'annulation de leur engagement. Si ce remplacement peut être effectué, l'augmentation de capital sera valablement réalisée.

Lorsque l'augmentation de capital est constituée par un seul apport en nature, ou par plusieurs apports effectués par un même apporteur qui demande une annulation générale de ses apports, comme il y a dans cette hypothèse coïncidence exacte entre le contrat d'apport et l'augmentation de capital, la nullité de la convention entraînera la nullité de l'augmentation de capital. Si au contraire l'augmentation de capital est réalisée au moyen de plusieurs apports en nature indépendants entre eux et ayant fait l'objet d'évaluations séparées et d'attribu-

181 *bis*. — (1) Hémard, *Nullités de sociétés*, nos 285 et s.; H. Bosvieux, *Des conséquences de la nullité d'une augmentation de capital dans les rapports des anciens et des nouveaux actionnaires*, J. Soc. 1908, p. 481; Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 614; Pic, *Soc. com.* t. III, n° 1424.

tions distinctes d'actions, par exemple parce qu'ils appartiennent à des apporteurs différents, l'annulation d'une des conventions d'apport laissant parfaitement valables les autres contrats d'apport aura pour seule conséquence que le montant global de l'augmentation de capital sera moindre que celui primitivement prévu, les différents organes de la société devant, chacun en ce qui le concerne, accomplir les diverses formalités nécessaires pour valider l'augmentation de capital ainsi réduite par rapport à son montant initialement annoncé.

En matière de sociétés de capitaux, on peut par conséquent déceler l'existence de cas de nullités d'apport n'entraînant en aucune manière la nullité de la société. Et l'on peut ainsi admettre la cœxistence en droit positif français de deux sanctions distinctes en cas de méconnaissance des conditions de formation de la société tenant aux parties et édictées en considération de l'apport. La *nullité de la société* sera souvent prononcée, soit parce que l'apport sera considéré comme un élément indissociable du contrat de société, soit parce que dans d'autres cas, tout en présentant le caractère d'une convention relativement autonome, l'apport n'en sera pas moins un élément essentiel de la société. Mais précisément lorsque l'apport fait l'objet d'un contrat ayant une certaine indépendance, il sera parfois possible de limiter la sanction des conditions de formation à la *nullité de l'apport* sans que la validité de la personne morale puisse être contestée. Il en est ainsi lorsque l'apport est effectué au cours de la vie sociale, car dans cette hypothèse à la différence de ce qui se passe lors de la constitution de la société, l'apport n'est pas nécessaire à la création de l'être moral et peut donc faire défaut sans que l'existence juridique de la société ait à être remise en question. Mais même lorsque l'apport est effectué lors de la constitution de la société, il a été indiqué comment son annulation pouvait ne pas entraîner la nullité de la société dans certaines hypothèses où le remplacement des apports annulés peut très facilement s'effectuer.

Les inconvénients tenant à un défaut de capacité ou à un vice du consentement des parties en matière d'apport sont ainsi réduits à une juste mesure. La sauvegarde des intérêts légitimes des apporteurs ne doit pas nuire à la protection des intérêts souvent beaucoup plus considérables de leurs coassociés et des tiers créanciers de la société. Et ces derniers intérêts eux-mêmes doivent s'effacer le cas échéant devant les exigences de l'ordre public et de l'intérêt général comme la théorie de l'objet et de la cause en matière de société permet de l'établir.

CHAPITRE SECOND

L'objet et la cause de l'apport

182. — L'étude de la capacité et du consentement en matière d'apport a montré les difficultés qu'il y avait à isoler les conditions de l'apport des conditions de la société. Et elle permet d'aboutir à la constatation qu'en ce qui concerne la capacité et le consentement, on est en présence d'une influence de l'apport sur les conditions requises des associés plutôt que de conditions de l'apport proprement dites. A l'égard de l'objet et de la cause les mêmes difficultés se retrouvent et elles sont accrues du fait qu'il s'agit là de concepts particulièrement fuyants, surtout celui de cause l'un des plus abstraits sans doute de toute la science juridique, l'un de ceux aussi au sujet desquels les controverses les plus vives se sont élevées. Et l'analyse révèle qu'objet et cause de l'apport d'une part, objet et cause de la société d'autre part correspondent à des réalités voisines et étroitement liées entre elles.

Il semble qu'un point de départ satisfaisant puisse être donné au raisonnement juridique en cette matière en définissant la cause comme étant le motif impulsif et déterminant qui pousse les contractants à s'engager. Mais ce motif impulsif et déterminant peut être considéré tantôt sous un aspect objectif et tantôt sous un aspect subjectif.

183. — La *cause objective* est le mobile qui se retrouve chez toutes les personnes s'engageant dans les liens d'un contrat donné. Lorsque le contrat est synallagmatique, la prestation de chacune des parties trouve sa cause, autrement dit sa raison d'existence, dans la prestation qui lui est donnée en échange. Dès lors la cause objective est plutôt la cause de l'obligation que la cause du contrat. Ainsi en matière de vente, le versement d'un prix constitue la cause de l'obligation du vendeur alors que le transfert de la propriété de l'objet constitue la cause de l'obligation de l'acheteur.

En matière de société, la situation est cependant plus complexe qu'en matière de vente par exemple. En effet dans le cas où il existe un véritable contrat de société conclu entre tous les associés, chacun des futurs membres de la personne morale

intervient à la fois comme apporteur et comme coassocié des autres apporteurs. En tant qu'apporteur la personne qui entre dans le lien contractuel abandonne, au moins en partie, à la personne morale les droits qu'elle possédait sur le bien dont elle effectue l'apport et en échange elle acquiert des droits sociaux qui sont ainsi la cause objective de son apport. Par ailleurs en tant que coassociée des autres apporteurs, toute personne qui participe à la constitution d'une société accepte que ses coassociés prennent part aux profits de l'exploitation sociale, mais l'attribution de droits sociaux, qu'elle leur consent ainsi, trouve sa cause dans les apports qu'ils doivent effectuer.

Dans l'hypothèse d'une convention d'apport conclue entre un associé et une société par actions, l'attribution d'un certain nombre d'actions à l'apporteur constitue pour celui-ci la cause juridique de l'engagement qu'il prend de mettre un bien à la disposition de la société. Quant à la société, l'apport qui lui est promis par l'associé constitue la cause de l'attribution qui est faite à ce dernier d'un certain nombre d'actions.

Ces hypothèses mettent en présence de cas de causalité objective. En effet tous les contractants se trouvant dans la situation indiquée obéissent à un motif impulsif et déterminant correspondant à cette situation : tous les apporteurs par exemple effectuent leur prestation en considération des droits sociaux qui leur sont attribués. A tel point que si un apporteur se trouvait dans un état d'esprit différent et renonçait dans un but de libéralité à sa part de bénéfices, il n'y aurait pas contrat de société valable, mais société léonine nulle de ce fait (1).

L'apport se trouve ainsi étroitement lié à la théorie de la cause en matière de société, puisqu'il est permis de dire que l'apport est la cause objective de l'attribution de droits sociaux qui est faite à l'apporteur.

184. — En continuant l'analyse on s'aperçoit que si l'attribution de droits sociaux constitue la cause de l'obligation de l'apporteur, l'existence et la valeur de ces droits sociaux est conditionnée par la poursuite de l'exploitation sociale ; la cause de l'engagement de l'apporteur est donc également l'exploitation des biens par la société, car l'apporteur désire non que les biens, qu'il met à la disposition de la personne morale demeurent inactifs, mais qu'au contraire ils soient utilisés selon leur destination de manière à produire des bénéfices.

Ainsi l'on peut dire que l'obligation de l'apporteur a une cause dérivée : *l'exploitation sociale*. Et si l'on envisage cette exploitation d'une manière générale, on constate que la cause présente encore dans cette hypothèse un caractère objectif. Mais c'est ici que se trouve le point de transition entre cause objec-

183. — (1) V. *supra* n° 53.

tive et cause subjective, car si tout apporteur désire que ses biens soient exploités par la société et les a mis pour cela à la disposition de la personne morale, un associé donné aura effectué son apport en considération de l'exploitation prévue par les statuts. Il aura choisi telle société plutôt que telle autre pour des raisons qui lui sont personnelles. Il s'agira alors de motifs impulsifs et déterminants subjectifs.

En matière de société la cause objective est toujours licite. En effet si un contrat figure parmi ceux qui sont admis par le législateur, le but que poursuivront toutes les personnes qui se placeront dans la situation contractuelle envisagée sera licite, dès lors qu'un motif déterminant d'ordre subjectif ne viendra pas par son illicéité vicier le contrat dans son ensemble. Au contraire lorsque pour une opération juridique donnée, la cause objective parait illicite au législateur, il interdit le contrat dont elle est le fondement : c'est ainsi que la loi considère comme ayant une cause objective illicite le contrat de jeu ou de pari et les prohibe sauf quelques exceptions. Dans le contrat de société il n'y a rien de semblable. La nullité ne saurait être encourue pour illicéité de la cause objective. Mais cette cause objective se combine dans l'esprit des contractants avec une *cause subjective,* qui elle peut être immorale ou illicite.

En matière de société, il existe un grand nombre d'exploitations sociales concevables, mais toutes ces exploitations ne seront pas autorisées par le législateur. Ainsi une société constituée en vue de faire échec à un monopole d'Etat tombera sous le coup de la loi : elle sera nulle parce que ses membres parmi les diverses exploitations sociales qui s'offraient à eux auront choisi une exploitation prohibée par le législateur. Il y aura dans ce cas nullité de la société pour illicéité de la cause subjective.

Pourtant par suite de l'utilisation d'une terminologie commode mais défectueuse, on dit communément en cas d'exploitation sociale illicite que c'est *l'objet* de la société qui est illicite. Cette confusion entre objet et cause se retrouve dans l'article 1833 du Code civil. Lorsque le législateur déclare en effet dans cet article que « toute société doit avoir un objet licite », il veut par là indiquer que l'exploitation prévue par les statuts ne doit être contraire ni à un texte d'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Or l'exploitation statutaire constitue la cause du contrat de société et non son objet. Les auteurs le reconnaissent généralement (1), mais pour éviter de rompre avec une terminologie

184. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 420; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 83 : « Aux termes de l'art. 1833 C. civ., toute société doit avoir un *objet licite*... Le mot *objet* doit être pris ici dans le sens de *cause* et s'entend du but en vue duquel les parties s'associent ». — Rappr. Ripert, *Dr. com.*, n° 633; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 97; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 446.

classique ils continuent à employer le mot « objet » dans le sens que l'article 1833 donne à ce terme. Cependant si l'on veut faire une analyse satisfaisante de la notion juridique de société, il importe de montrer que l'exploitation sociale est la cause du contrat de société. Cette exploitation répond en effet à la question : *Cur debetur* ? et non à la question : *Quid debetur* ? Elle est la cause ou l'une des causes qui justifie l'obligation de l'apporteur : c'est parce qu'il sait que le bien mis par lui à la disposition de la société va servir à telle exploitation que l'associé effectue son apport.

Il est alors nécessaire de se demander ce qui en matière de société constitue l'objet tel qu'on le définit dans la théorie générale des contrats. L'on doit immédiatement remarquer qu'en toute logique un contrat n'a pas d'objet. Il n'a que des effets (2). Il produit des obligations, et ce sont ces obligations qui ont un objet : la prestation sur laquelle elles portent. Quand on parle de l'objet d'un contrat, on a en vue ses effets et l'on voit l'illogisme de cette conception, car par ailleurs on place l'objet parmi les conditions de formation du contrat. Or les deux notions de conditions et d'effets sont antinomiques.

Il est donc préférable de dire que le contrat étant un acte destiné à produire des obligations, ce sont ces obligations qui doivent avoir un objet déterminé, possible et licite de manière à faciliter l'exécution du contrat. Et c'est ainsi qu'en ce qui concerne la société l'on peut dire que *l'objet de l'obligation de chaque associé est l'apport en propriété ou en jouissance qu'il s'est engagé à effectuer*. Mais l'apport lui-même a un objet : le bien sur lequel il porte. *L'étude de l'objet en matière d'apport est donc l'étude des biens qui sont susceptibles d'être mis en société.*

185. — Cette étude est nécessaire car si les valeurs économiques les plus diverses peuvent être incorporées au patrimoine social, il est cependant un certain nombre de biens dont l'apport est prohibé par le législateur, d'autres pour lesquels cet apport en société est soigneusement réglementé.

Alors même que l'exploitation définie par les statuts serait licite, l'apport que les associés ont prévu est susceptible de revêtir un caractère illicite s'il porte précisément sur un des biens dont la mise en société ne peut être valablement effectuée. L'illicéité en matière de société peut donc tenir tantôt au caractère de l'exploitation sociale, tantôt à la nature du bien qui est mis en société. On retrouve ici les deux notions classiques de la théorie générale des obligations : le concept de cause illicite et celui d'objet illicite.

184. — (2) Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, n° 80 : « A proprement parler, un contrat n'a pas d'objet ». — Rappr. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, n° 244.

L'exploitation sociale illicite (1) entraîne indirectement l'illicéité de l'apport, car cette exploitation qui constitue la cause du contrat de société vicie lorsqu'elle a un caractère illicite tous les éléments essentiels de ce contrat et en particulier l'opération d'apport. Ainsi l'apport d'un immeuble destiné à être utilisé comme maison de tolérance présente un caractère illicite, en raison de l'immoralité de la cause subjective. Mais il sortirait du cadre de la présente étude d'envisager quelles exploitations sociales sont susceptibles d'entraîner ainsi la nullité de l'apport pour illicéité de la cause. L'exploitation sociale constitue au même titre que l'apport un élément du contrat de société et c'est en raison de l'interdépendance entre ces deux éléments que l'illicéité de l'un rejaillit sur l'autre.

Ainsi après avoir mentionné l'influence qu'une exploitation sociale illicite pouvait avoir sur l'apport, il est nécessaire de montrer comment l'apport envisagé en tant qu'objet des obligations des associés peut présenter un caractère illicite, lorsque ces obligations portent sur des biens dont le législateur interdit la mise en société. Mais la théorie de l'apport envisagé comme objet dépasse le cadre de l'illicéité, étant donné que l'objet d'une obligation doit être également déterminé et possible.

Tout d'abord l'obligation de l'associé manquerait d'objet si l'apport prévu était fictif ou si l'associé n'était pas propriétaire du bien mis en société. La fictivité de l'apport équivaut à l'absence d'apport, comme un développement précédent a permis de l'établir (2). Mais dès lors qu'un bien est appréciable en argent et appartient à la personne qui se propose de le mettre à la disposition de la société, peu importe la nature de ce bien ; les valeurs économiques les plus diverses peuvent faire l'objet d'un apport en société (3). Le législateur laisse sur ce point une grande liberté aux parties et le capital social somme des apports peut être ainsi composé des éléments les plus hétérogènes (4).

Pourtant la liberté des parties n'est pas complète. Elle trouve notamment une limite dans certaines dispositions destinées à sauvegarder l'intérêt général (5).

185. — (1) Au cours de ces développements, les termes « illicéité » et « illicite » sont employés dans un sens large, c'est-à-dire en entendant par ces expressions tant l'illicéité proprement dite que l'immoralité.

(2) V. *supra* nos 15 et s.

(3) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 87.

(4) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 16.

(5) D'autres restrictions à la liberté des parties en matière d'apport protègent des intérêts particuliers. Ainsi il arrive que dans un bail soit insérée une clause limitant la cession de ce bail : l'application d'une telle clause en matière d'apport en société a soulevé certaines controverses. Elles ne seront pas envisagées

Les restrictions légales en matière d'apport en société sont de nature diverse : l'une des plus importantes porte sur les *biens qui sont insusceptibles d'exploitation en société*. Il y a ici généralement coïncidence pour une même société des notions de cause illicite et d'objet illicite. En effet lorsque la loi interdit qu'un bien soit exploité en société, l'apport de ce bien entraîne la nullité de la personne morale pour deux raisons : d'une part l'objet de l'obligation de l'apporteur d'un tel bien est illicite, et d'autre part même si les parties ont tenté de dissimuler la nature de l'exploitation sociale qu'elles entendent poursuivre, le seul fait qu'un bien insusceptible d'exploitation en société soit l'objet d'un apport doit faire irréfragablement présumer de la cause illicite de la société.

Ainsi ne peuvent être l'objet d'apports en société les offices ministériels de toute nature, certaines charges telles que celles d'agréés, de liquidateurs, de syndics, de mandataires aux halles, et enfin certaines clientèles civiles par exemple celles de médecins (6). Au contraire si le bien est susceptible d'être exploité en société sous certaines conditions, si tout dépend de la place réservée par les statuts à l'apporteur dans la direction de la future personne morale, la nullité de la société pourra être encourue pour cause illicite, mais non parce que l'objet de l'obligation des apporteurs sera illicite. Il en est ainsi en matière apport d'officines pharmaceutiques. Ces biens ne sont en effet pas par eux-mêmes insusceptibles d'être exploités en société et leur apport sera parfois possible, mais si la personne morale qui les reçoit dans son patrimoine a une cause illicite, par exemple si elle est destinée à permettre à des non-diplômés l'exercice de la profession de pharmacien, la nullité sera encourue et cela uniquement sur le fondement de cette cause illicite (7).

186. — A côté des biens dont elle interdit l'exploitation en société, la loi en déclare un certain nombre d'autres inaliénables ou incessibles. Ces *inaliénabilités* viennent prendre place à côté

actuellement mais dans le prochain chapitre (v *infra* nos 203 et s.), car même si l'on admet la portée de ladite clause en matière de société, il s'agit d'une restriction conventionnelle et non d'une des restrictions légales édictées dans un intérêt d'ordre public, qui seules sont étudiées présentement.

Il convient de rappeler d'autre part que les prestations de caractère successif ne peuvent pas donner lieu à une attribution de droits sociaux dans certains types de sociétés (v. *supra* nos 115 et 128).

185. — (6) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, nos 431 et s.; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 84.

(7) Sur la mise en société des officines pharmaceutiques, v. Loi 11 sept. 1941; L. 8 juill. 1948; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 98; R. Poplawski, *Traité de droit pharmaceutique*, nos 472 et s.

de celles qui sont d'origine conventionnelle et qui, sanctionnées par la loi, empêchent la validité de l'apport du bien qu'elles frappent.

Les cas d'inaliénabilité légale sont rares : il existe peu de choses qui, appartenant à des particuliers, sont déclarées incessibles par la loi. Pourtant la question a présenté récemment un certain intérêt à propos des *titres de « l'emprunt exceptionnel de lutte contre l'inflation »*. Les modalités de cet emprunt ont été fixées par une loi du 7 janvier 1948 et ledit texte déclare inaliénables les certificats remis aux souscripteurs. Un membre de l'Assemblée nationale, M. Rigal, a, quelque temps après cette émission, posé au ministre des Finances une question écrite au sujet de l'apport en société des titres de cet emprunt de caractère particulier. La réponse ministérielle (1), assimilant à juste titre sur ce point l'apport en société à une cession, déclare que de droit commun les certificats de souscription à l'emprunt libératoire du prélèvement exceptionnel ne peuvent faire l'objet d'un semblable apport. Le ministre admet toutefois avec un certain esprit de libéralisme que s'il s'agit d'un apport effectué au profit d'une société de famille, constituée, en conformité avec les règlements fiscaux concernant ce type de société, entre un commerçant et ses successibles, on devra permettre dans ces conditions la transmission à la société des certificats de souscription à l'emprunt libératoire. Ici se combinent les règles du droit administratif et celles du droit commercial. Et ainsi une distinction d'ordre fiscal entre sociétés de droit commun et sociétés de famille vient apporter des solutions différentes en matière d'apports de biens incessibles selon que l'apport est fait à une société de l'une ou l'autre de ces deux catégories.

L'exemple des titres de l'emprunt exceptionnel de 1948 met en présence d'un cas récent de biens inaliénables, mais la solution de principe donnée au sujet de ces titres c'est-à-dire l'impossibilité de mettre en société des biens incessibles a été établie de fort longue date. L'hypothèse la plus fréquente que l'on trouve en jurisprudence dans cette matière concerne les *concessions administratives*. Ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1913 (2) considère qu'une concession octroyée par une municipalité pour l'exploitation d'un casino et déclarée incessible ne peut en aucune manière faire l'objet d'un apport en société. Mais dans cette affaire soumise à la Chambre des requêtes il s'agissait d'une concession qui avait été frappée d'incessibilité par l'autorité qui l'avait accordée.

186. — (1) *J. O.*, Débats par., Ass. nat., 1949, p. 1095.

(2) Cass. req. 18 mars 1913, *Rev. prat.* 1913, 316, cité par HÉMARD, *Nullités des sociétés*, p. 42. — Cf. également Trib. com. Seine, 17 janv. 1911, *J. Soc.* 1911, p. 452.

Or, d'une manière générale, l'Administration n'interdit pas l'apport en société des concessions qu'elle acorde, car précisément l'exploitation en société offrira souvent plus de garanties et permettra un développement financier plus grand que l'exploitation par un particulier. L'autorité administrative s'est donc en général contentée d'exercer un contrôle sur l'apport de concessions en société et a cherché à éviter que cet apport ne serve à des fins de spéculation (3).

Le régime des concessions a été principalement établi au cours du siècle dernier. Il est aujourd'hui considérablement dépassé par suite du développement des établissements publics à caractère industriel et commercial, mais garde une certaine importance. Du point de vue de l'apport en société de la concession obtenue, on peut dégager deux règles. D'abord une concession n'est pas susceptible d'être cédée sans autorisation spéciale de l'autorité administrative compétente (4) et cela qu'il s'agisse d'une concession de travaux publics ou d'une concession de service public ; le concessionnaire ne peut donc valablement faire apport en société de sa concession que s'il y a été préalablement autorisé par l'Administration (5). Un second principe, qui a été établi à l'égard des concessions de chemins de fer, interdit à celui qui a obtenu une telle concession et qui en fait apport à une société de stipuler à son profit une part de bénéfices : il doit se contenter de demander le remboursement de ses avances et encore pour cela doit-il justifier des dépenses qu'il a engagées.

Cette règle semble devoir être étendue à toute concession administrative (6). L'apport d'une telle concession ne peut donc

186. — (3) C'est le même désir d'éviter des manœuvres spéculatives qui a conduit le législateur à établir des restrictions à l'apport en société d'une *créance de dommages de guerre*. Le droit à indemnité alloué pour la reconstitution d'un bien sinistré ne peut être cédé indépendamment du bien auquel il se rattache (Loi du 28 octobre 1946, art. 32, § 1) et de plus toute mutation entre vifs du bien sinistré et du droit à indemnité est subordonnée à une autorisation (même texte, art. 33, § 1, mod. L. 24 mai 1951). Ces dispositions sont applicables en matière d'apport en société. La loi du 28 octobre 1946 décide par ailleurs « qu'en cas d'apport en société d'un bien sinistré et de l'indemnité correspondante, les droits du sinistré sont obligatoirement représentés par des titres nominatifs dont la cession est subordonnée à l'agrément du Ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme pendant cinq ans à dater de la reconstitution » (art. 34, § 1).

(4) Cass. civ., 3 mai 1924, D.P. 1925.I.17, note APPLETON; S. 1924. I.65, note MESTRE.

(5) PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, n° 19; HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 123. — Rappr. A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, n° 117 : « Le concession de service public est un acte dominé par l'*intuitus personæ* ».

(6) ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 123. — Rappr. PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. II, n° 921.

en principe avoir lieu en échange de droits sociaux. Cela se comprend puisqu'une concession n'est pas une chose qui est dans le commerce. L'apport d'une concession se présente donc comme étant une simple substitution de la société au concessionnaire primitif plutôt qu'un apport véritable, du fait de l'absence d'une remise de droits sociaux à celui qui cède la concession. Toutefois dans certaines hypothèses (7) le législateur a permis par une disposition expresse que le concessionnaire stipule en sus du remboursement de ses avances l'attribution en échange de son apport d'une quote-part dans les bénéfices de la société. Cependant cette attribution d'un pourcentage des bénéfices s'est même en ce cas effectuée non par la remise d'actions, mais par la création de parts de fondateur.

Ainsi l'apport d'une concession revêt-il un aspect qui lui est propre : cet apport présente un certain nombre de difficultés particulières et encore les raisonnements qui précèdent ont-ils envisagé l'hypothèse de l'apport d'une concession ferme, pour l'obtention de laquelle les formalités nécessaires ont été accomplies et qui, étant accordée, n'a plus qu'à être mise en valeur. Mais une difficultés supplémentaire apparaît lorsqu'il s'agit d'une concession simplement escomptée par l'apporteur mais non encore accordée par l'Administration. Il y a dans cette hypothèse apport d'une chose future et la formation définitive de la société est subordonnée à l'obtention de la concession.

187. — Les *choses futures* sont en effet au même titre que les choses présentes susceptibles de faire l'objet d'un apport en société, à condition bien entendu que cet apport ne constitue pas une atteinte à l'article 1130 du Code civil prohibant les pactes sur succession future (1). En dehors de cette limitation, un associé peut apporter soit des biens qu'il possède actuellement dans son patrimoine, soit des biens qu'il ne possède pas mais qu'il se propose d'acquérir et au sujet desquels il a engagé des pourparlers avec leur propriétaire actuel (2). Bien entendu cet apport d'une chose future s'analyse en fin de compte comme étant l'apport d'une simple espérance (3) : cette espérance peut

186. — (7) Loi du 13 déc. 1893 sur la constitution de la Société des forces motrices du Rhône; Loi du 30 mars 1898 sur le Métropolitain.

187. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 18; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 87.

(2) L'apport d'un bien que l'on se propose d'acquérir se rapproche dans une certaine mesure de l'apport *a non domino* (qui a été étudié *supra* n^{os} 22 et s.). Mais tandis que dans l'apport *a non domino*, l'apporteur déclare mettre en société une propriété qui en réalité ne lui appartient pas, l'apporteur d'une chose future ne laisse pas ignorer le caractère conditionnel de la mise en société du bien qu'il se propose d'apporter.

(3) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 18; Rousseau, *Soc. com.*, t. I, n° 79.

très bien ne pas se réaliser et la chose promise ne pourra dès lors être apportée à la société.

Il serait possible de considérer que la réalisation de l'espérance, c'est-à-dire l'aboutissement des pourparlers entre l'apporteur et le propriétaire de la chose, constitue une condition suspensive empêchant la société de se former définitivement. Mais cette solution ne saurait être retenue car elle retarde la constitution de la société et fait ainsi perdre tout intérêt à l'admission de l'apport de choses futures. Il vaut mieux décider que cet apport permettra à la société de se constituer et de commencer ses opérations commerciales à l'aide des autres biens constituant son patrimoine ; mais, si la chose future ne parvient pas à être acquise par l'apporteur, si par exemple les pourparlers engagés échouent, la non-réalisation de l'apport jouera à la manière d'une condition résolutoire du pacte social (4).

L'apport de choses futures présente ainsi un caractère éminemment aléatoire. Si sa validité de principe peut être admise en droit commun, on ne saurait permettre un tel apport dans les sociétés où le patrimoine social constitue le seul gage des créanciers de la personne morale. Ce gage ne peut se composer de simples espérances et même *de lege ferenda* il faut écarter toute possibilité d'un apport de choses futures à une société anonyme ou à une société à responsabilité limitée. Cette règle d'équité et de justice peut être appliquée en droit positif grâce aux dispositions légales imposant pour ces deux types de sociétés une libération immédiate des apports en nature (5).

Mais cette interdiction d'apporter à certaines sociétés autre chose que des éléments réalisables susceptibles d'être affectés à la garantie des engagements sociaux oblige à préciser la notion de chose future. Si l'on n'hésite pas à qualifier ainsi l'hypothèse où les pourparlers entamés en vue de l'acquisition de la chose n'ont donné lieu à aucun engagement, on hésite davantage à rattacher à l'apport de choses futures l'apport d'une promesse unilatérale de vente ou de bail consentie à l'apporteur par le propriétaire actuel du bien. Il semble qu'il soit nécessaire de distinguer en cette hypothèse selon qu'il s'agit d'une promesse de vente comportant un prix ferme ou d'un pacte de préférence.

Dans l'hypothèse d'un *pacte de préférence* le propriétaire prend envers l'acquéreur éventuel l'engagement d'écarter au profit de celui-ci d'autres acquéreurs offrant le même prix ; mais cette promesse ne prendra effet que le jour où le propriétaire décidera de vendre son bien. Un tel pacte de préférence ne permet une libération immédiate ni des parts d'une société à

187. — (4) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 18.

(5) Loi 24 juill. 1867, art. 3, § 2 (sociétés anonymes) ; Loi 7 mars 1925, art. 7, § 2 (sociétés à responsabilité limitée). — Cf. Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 168.

responsabilité limitée, ni des actions d'une société anonyme. Etant donné que le promettant peut très bien ne jamais se résoudre à céder son bien et qu'il ne pourra jamais être contraint à cette vente, le pacte de préférence constitue une valeur très aléatoire (6) qui ne revêt pas le caractère de gage réel et tangible que doivent présenter les apports faits aux sociétés anonymes et à responsabilité limitée.

Au contraire s'il s'agit d'une *promesse de vente consentie pour un prix ferme* par le propriétaire du bien, il ne manque pour que la vente soit parfaite que le consentement du bénéficiaire de la promesse. Du jour où celui-ci donne son accord il devient propriétaire du bien, si du moins la chose n'a pas été cédée dans l'intervalle à un tiers. La promesse ne crée pas en effet un droit réel au profit du bénéficiaire, mais un simple droit de créance : elle se résoudra par l'attribution de dommages-intérêts au bénéficiaire si le propriétaire a méconnu son obligation en cédant le bien à un tiers. Cependant si le tiers est de mauvaise foi le bien pourra être revendiqué contre lui en vertu d'une action fondée sur le principe « *Fraus omnia corrumpit* » (7).

La promesse de vente pour un prix ferme crée donc au profit du bénéficiaire un droit qui pour être un droit de créance n'en constitue pas moins une situation juridique et économique avantageuse puisque seule la cession du bien à un tiers acquéreur de bonne foi fera obstacle à la transformation du droit de créance en droit réel et que par ailleurs des dommages-intérêts viendront compenser, lorsque cette transformation sera impossible, le préjudice subi par le bénéficiaire.

Le droit créé par la promesse présente donc pour le bénéficiaire une valeur pécuniaire et la jurisprudence admet qu'il peut être cédé à condition que la promesse ne comporte pas une clause interdisant cette cession (8). Il semble ainsi qu'une promesse de vente, consentie pour un prix ferme et susceptible d'être transformée en vente par la simple acceptation du bénéficiaire, puisse parfaitement faire l'objet d'un apport à une société anonyme ou à une société à responsabilité limitée, dès lors qu'aucune stipulation de la promesse n'interdit au bénéficiaire une telle cession.

187. — (6) Ainsi l'existence d'un pacte de préférence à l'égard d'un bien ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire du bien le mette en société (v. *infra* n° 212).

(7) Cf. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n° 2420; R. MOREL, *La violation d'une promesse de vente*, Etudes CAPITANT, p. 541; — Cas. req., 15 avril 1902, S. 1902.I.316; Nancy, 4 avril 1906, D.P. 1908.II.148.

(8) Cass. civ. 31 janv. 1866, S. 1866.I.152; Limoges, 5 juin 1899, S. 1901.II.113.

Les créanciers sociaux auront dans cette promesse un gage suffisant (si du moins elle n'a pas été surévaluée) puisqu'au cas où la société ne parviendrait pas à se procurer le bien qui fait l'objet de la promesse, elle obtiendra les dommages-intérêts que devra verser le promettant.

La nature de la promesse de vente à prix ferme permet donc de réputer que la prohibition qui vise l'apport de choses futures aux sociétés anonymes et à responsabilité limitée ne lui est pas applicable. Et en ce qui concerne les sociétés où l'apport de choses futures est possible, le régime de cet apport ne s'étendra pas à la mise en société d'une promesse de vente : si la promesse ne se réalise pas, cet événement n'agira pas à la manière d'une condition résolutoire faisant disparaître rétroactivement la société. En effet si le bien sur lequel portait la promesse n'était pas essentiel à la réalisation du but social, il n'y a aucune raison pour que la société ne continue pas à exister. Et si au contraire ce bien constituait un élément sans lequel la poursuite de l'exploitation sociale s'avère impossible, il y aura lieu à dissolution non rétroactive de la société.

L'évaluation qui sera faite de la promesse de vente apparaît cependant délicate : elle devra être prudente en particulier dans les sociétés à responsabilité limitée, car en cas de surévaluation les mesures de protection qu'a édictées le législateur à l'égard des tiers trouveraient à s'appliquer.

CHAPITRE TROISIEME

Protection des intérêts des tiers

188. — Une opération d'apport comme toute autre convention est susceptible de causer, par les conditions économiques et juridiques dans lesquelles elle est réalisée, un préjudice à l'une des parties contractantes, aux tiers ou à l'intérêt général. Dans un chapitre précédent il a été montré comment le législateur a entendu protéger les parties contre les risques pouvant résulter pour elles d'une opération d'apport : l'exigence de certaines conditions de capacité et la protection du consentement de l'apporteur et de ses coassociés contre l'erreur ou le dol sont les moyens par lesquels la loi assure la sauvegarde des intérêts des parties. Naturellement la protection de ces intérêts est assez limitée car une personne capable ayant contracté un engagement en connaissance de cause et sans que son consentement ait été vicié ne pourrait être fondée à refuser d'exécuter cet engagement. Il ne saurait en être autrement que si celui-ci portait atteinte à une disposition d'ordre public, par exemple en cas d'objet ou de cause illicite, puisque dans cette hypothèse l'intérêt général exige que la convention soit paralysée dans ses effets.

Ainsi l'application à l'apport des quatre conditions de formation traditionnelles du droit des contrats, la capacité, le consentement, l'objet et la cause, permet d'assurer la protection des intérêts des parties et de l'intérêt général dans une mesure qui est jugée suffisante par le droit positif actuel. Si donc à ces conditions de formation traditionnelles s'ajoutent d'autres exigences, leur but doit être d'assurer la protection des intérêts des tiers. Deux groupes de personnes qui ne sont pas parties au contrat de société ou à la convention d'apport ont à craindre de voir l'opération leur causer un préjudice : ce sont d'abord les *créanciers de l'apporteur* qui voient un bien de leur débiteur quitter le patrimoine de celui-ci, pour entrer dans le patrimoine d'un être moral dont en règle générale il ne deviendront pas automatiquement créanciers ; ce sont ensuite les *créanciers de la société* qui peuvent être lésés si l'opération d'apport ne leur confère pas le gage sur lequel ils avaient légitimement compté.

De la situation des créanciers de la société, il convient de rapprocher celle des coassociés de l'apporteur dans une société

anonyme. En effet ces coassociés ne sont pas directement partie à la convention d'apport passée entre l'apporteur et les fondateurs ou administrateurs de la société. Mais ces coassociés sont, lorsqu'ils ont fait un apport exclusivement en numéraire, appelés à ratifier les conventions d'apports en nature (1) et ne sauraient pour cette raison être considérés comme des tiers. Cependant il est apparu souvent opportun d'assurer en grande partie la protection de leurs intérêts par les mêmes mesures que celles servant à la protection des intérêts des créanciers sociaux en matière de société anonyme.

Pour que les tiers puissent mettre en œuvre les mesures de protection de leurs intérêts, il est nécessaire que l'opération d'apport soit portée à leur connaissance. Ainsi de manière à éviter que cette opération ne s'effectue clandestinement, tout un système de publicité existe en matière d'apport en société et cette publicité constitue en elle-même un mode de protection des intérêts des tiers. Il est ainsi nécessaire de commencer par étudier les formalités de publicité, destinées à renseigner les tiers en général, avant d'envisager les mesures de protection proprement dites, dont certaines concernent les créanciers de l'apporteur et d'autres les créanciers de la société.

SECTION I

LES MESURES DE PUBLICITÉ

189. — La matière de la publicité de l'apport en société est dominée par deux des caractéristiques essentielles de cette opération juridique. En premier lieu comme l'apport fait partie intégrante de la société dont il est un élément constitutif, il devra être mentionné dans la publicité qui sera faite lors de la constitution de la personne morale ou lors d'une augmentation de capital. En second lieu, lorsqu'il est effectué en propriété, l'apport opère mutation au profit du patrimoine de la personne morale : il constitue une aliénation à titre onéreux (1) qui obéira à des règles de publicité analogues à celles existant pour d'autres actes d'aliénation tels que la vente ou l'échange.

190. — Il existe en matière de société une publicité substantielle (1) qui est requise à peine de nullité du contrat et qui

188. — (1) V. *supra* n° 171.

189. — (1) V. *supra* n° 95.

190. — (1) Cette publicité existe pour toutes les sociétés commerciales à l'exception des sociétés en participation qui ont un caractère occulte. — V. Loi du 24 juillet 1867 (mod. d.-loi 30 oct. 1935), art. 55 et s., Loi 7 mars 1925 (mod. d-loi 30 oct. 1935), art. 12 et s.

comporte tout d'abord le dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce. Il est évident que les statuts qui doivent indiquer de façon précise les droits et obligations des parties contractantes mentionneront nécessairement les différents apports effectués par les associés. Comme toute personne intéressée a le droit de prendre communication desdits statuts après leur dépôt au greffe du tribunal de commerce (et même de s'en faire délivrer expédition ou extrait), les tiers ont la possibilité de connaître par ce moyen les apports qui ont été faits à la société lors de sa constitution. Ils auront de la même manière connaissance des apports effectués au cours de la vie sociale, puisque tout acte ayant pour objet la modification des statuts devra également être déposé.

Par ailleurs un extrait des statuts et des actes qui les modifient doit être publié dans un journal d'annonces légales. Le législateur (2) a énuméré les indications qui doivent être fournies par cet extrait et parmi ces indications figurent, « le montant des apports en numéraire, ainsi que la description sommaire et l'estimation des apports en nature ». La doctrine (3) et la jurisprudence (4) considèrent qu'en plus des mentions énumérées par la loi l'extrait des statuts doit contenir toutes les clauses que les tiers ont manifestement intérêt à connaître. Il en est ainsi notamment de toutes les clauses susceptibles de réduire indirectement le capital social, par exemple de charges grevant les apports. Lorsque les pièces publiées font apparaître l'apport d'un associé comme étant franc et quitte de toute charge, les membres de la personne morale ne peuvent pas accepter au moyen d'un acte occulte (tel qu'une contre-lettre) certaines dettes de l'apporteur. Cette acceptation, qui grèverait d'un passif le capital social, ne saurait être opposée aux tiers par suite du défaut de publicité régulière (5).

Les formalités de dépôt et de publicité des statuts apparaissent ainsi surtout destinées à renseigner les personnes ayant à contracter avec la société, et en particulier à permettre aux créanciers sociaux de connaître l'étendue de leur gage. C'est pour cela que les clauses des statuts concernant les apports doivent être particulièrement précises et qu'il est nécessaire de les publier. Mais si les créanciers sociaux se présentent ainsi comme étant les tiers qui ont le principal intérêt à ce que la publicité des actes constitutifs soit régulière et complète, il faut reconnaître à tout intéressé la possibilité d'invoquer la nullite pour défaut de publicité. Et parmi ces intéressés figurent les

190. — (2) Loi du 24 juillet 1867, art. 57; loi du 7 mars 1925, art. 14.

(3) Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 451; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 137.

(4) Cf. par ex. Cass. civ. 7 nov. 1889, D.P. 1900.I.369.

(5) Cass. civ., 14 déc. 1886, D.P. 1890.I.385.

créanciers personnels des apporteurs : la Cour de cassation (6) leur a reconnu le droit de poursuivre l'annulation d'une société commerciale dont la constitution n'a pas fait l'objet de la publicité prévue par la loi.

M. Hémard (7) adopte au contraire une position diamétralement opposée : considérant que ce n'est pas dans l'intérêt des créanciers personnels des apporteurs que la publicité est exigée, cet auteur se refuse à leur reconnaître un droit propre à faire déclarer la nullité de la société non publiée (8). Puisqu'un débiteur peut librement vendre ses biens, sans en instruire ses créanciers et que ceux-ci doivent dans ce cas, en l'absence de fraude, respecter les droits qu'il a conférés, pourquoi adopter une solution différente en matière d'apport en société ?

Cette argumentation de M. Hémard n'est pas convaincante. La nullité pour défaut de publicité est une nullité d'ordre public pouvant être invoquée par tout intéressé. Or les créanciers personnels ont un intérêt évident à une annulation de la société car cette annulation leur permet de priver les créanciers sociaux de leur droit de gage exclusif sur le patrimoine de la personne morale (9). La Cour de cassation adopte donc une solution parfaitement satisfaisante en reconnaissant aux créanciers personnels un droit propre de demander la nullité en cas de défaut de publicité. La controverse qui s'est élevée sur ce point a du reste perdu beaucoup de son intérêt depuis que le décret-loi du 30 octobre 1935 a permis la régularisation de la société nulle pour défaut de publicité, en autorisant l'accomplissement tardif des formalités méconnues.

191. — Ainsi renseignés par l'indication, dans l'acte constitutif (et dans l'extrait publié par la voie de la presse), des apports effectués par chaque associé, les tiers ont la possibilité de savoir si tel bien est encore dans le patrimoine de l'apporteur ou si au contraire celui-ci l'a mis à la disposition de la société en échange d'une attribution de droits sociaux. Mais la publicité faite à l'opération d'apport dans le cadre général de la publicité des statuts de la personne morale apparaît insuffisante dans certains cas. Lorsqu'un bien est l'objet d'un apport en nature, une publicité spéciale sera nécessaire chaque fois qu'en droit commun les cessions concernant les biens de cette catégorie doivent être portées à la connaissance des tiers selon certaines règles précises.

190. — (6) Cass. req., 14 avril 1893, D.P. 1894.I.91; Cass. civ., 7 juin 1904, D.P. 1904.I.455.

(7) *Nullités de sociétés*, nos 219 et 445.

(8) Dans le même sens, Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, nos 265 et 492.

(9) Cf. Escarra, *Cours*, n° 585. — Rappr. Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 228; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 777.

L'apport opère en effet un transfert de propriété (1) au profit de la société, toutes les fois qu'il s'agit d'un apport en propriété et que la société qui le reçoit possède la personnalité morale. Dans ces conditions l'apport en propriété doit suivre en matière de publicité des mutations un régime analogue à celui de la vente, puisqu'il présente une analogie certaine avec cette opération sous l'angle de la transmission de la propriété.

L'une des plus anciennes publicités propres à une catégorie de biens est la *transcription hypothécaire* à laquelle sont soumis notamment tous les contrats translatifs de propriété immobilière (2). Lorsqu'un apport immobilier est effectué au profit d'une société, celle-ci doit, pour que la mutation ainsi opérée soit opposable aux tiers faire transcrire son titre à la conservation des hypothèques (3). A défaut de transcription, l'apport n'aurait d'effet qu'*inter partes,* c'est-à-dire en l'espèce dans les rapports de l'associé et de la personne morale. Ainsi au cas où l'immeuble serait grevé d'hypothèques par l'apporteur postérieurement à l'acte de société mais antérieurement à la transcription, les créanciers hypothécaires pourraient, s'ils avaient eux-mêmes effectué régulièrement l'inscription de leur hypothèque avant la transcription, invoquer leur droit réel à l'encontre de la société.

Une fois la transcription opérée, la société à laquelle un immeuble a été apporté est au point de vue hypothécaire dans la situation d'un acquéreur ordinaire : elle est pour les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble un tiers détenteur. Elle peut donc recourir à la procédure de purge de manière à libérer l'immeuble des droits réels secondaires qui ont été consentis sur lui (4).

Mais une difficulté surgit ici du fait que la contre-partie du bien apporté ne consiste pas en un prix, mais dans l'attribution de droits sociaux. Pour effectuer la purge, l'acquéreur dans le cas d'une vente, au lieu de payer le prix au vendeur, versera ce prix jusqu'à due concurrence aux créanciers hypothécaires. En matière d'apport en société, la situation est différente. Même quand les droits sociaux qui sont attribués à l'apporteur consistent en titres négociables, la société ne saurait se libérer en remettant ces titres aux créanciers inscrits, sauf si les

191. — (1) V. *supra* n° 94.

(2) Loi du 23 mars 1855, art. 1.

(3) La transcription de l'apport immobilier est requise non seulement en cas d'apport en pleine propriété, mais également en cas d'apport en usufruit et en cas d'apport en jouissance lorsque celui-ci est consenti pour une durée de plus de 18 ans. — Cf. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 106; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, nos 26 et 27.

(4) Nancy, 19 août 1882, D.P. 1883.II.131.

créanciers consentaient à cette remise qui interviendrait alors à titre de dation en payement.

En règle générale la société ne peut purger qu'à la condition de remettre aux créanciers une somme en espèces : l'évaluation de l'immeuble, telle qu'elle résultera de l'acte de société, jouera un rôle analogue à celui du prix en matière de vente. La société offrira aux créanciers inscrits de les payer jusqu'à concurrence d'une somme correspondant à la valeur donnée à l'immeuble lors de l'opération d'apport. Si cette offre est acceptée par les créanciers, l'immeuble est complètement affranchi des hypothèques qui le grevaient. Mais lorsque les créanciers inscrits estimeront que la somme qui leur est proposée est insuffisante, il y aura lieu de procéder par voie de surenchère (5).

La procédure de purge en cas d'apport en société d'un immeuble a surtout sa raison d'être dans l'hypothèse où la société a ignoré l'existence d'hypothèques lors de l'apport ou quand en connaissant l'existence de ces charges elle a refusé de les assumer, demandant à l'apporteur d'en obtenir mainlevée. Si en effet la société a accepté de payer les créanciers hypothécaires de l'apporteur aux termes de la convention passée avec celui-ci, l'apport présente le caractère d'une opération mixte, la rémunération du bien s'effectuant partie en échange de droits sociaux et partie au moyen de l'engagement de la société de payer les créanciers inscrits. Dès lors l'évaluation du bien dans l'acte de société sera le plus souvent l'évaluation de la valeur nette de l'immeuble, c'est-à-dire défalcation faite des créances que la société s'est engagée à payer. Dans ce cas la société ne saurait être autorisée à purger. Sans doute les créanciers hypothécaires ne pourront-ils pas le plus souvent invoquer l'acceptation des dettes par la société, cette acceptation constituant pour eux dans la majorité des cas une « *res inter alios acta* » (6). Mais ces créanciers ne sauraient se voir imposer une procédure de purge sur la base de l'évaluation de l'immeuble résultant de l'acte de société, puisque dans l'hypothèse actuellement envisagée cette évaluation a été établie après déduction des charges grevant l'immeuble. Si donc la société refuse de les désintéresser, les créanciers engageront l'action hypothécaire.

Lorsqu'au contraire les statuts comportent une évaluation brute de l'immeuble avec indication précise du passif accepté et de la valeur nette en contre-partie de laquelle les droits sociaux sont attribués, la société peut purger alors même qu'elle se serait engagée envers l'apporteur à payer les créanciers hypothécaires. En effet puisque l'évaluation de l'immeuble qui figure

191. — (5) *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 11, n° 62.

(6) Il ne semble pas en effet que l'on puisse considérer qu'en l'espèce il y a stipulation pour autrui au profit des créanciers hypothécaires.

dans les statuts ne correspond pas à la seule valeur nette de l'apport, elle constitue une base convenable permettant l'existence d'une procédure de purge.

Mais le plus souvent la société demandera à l'apporteur d'effectuer l'apport de son immeuble franc et quitte de toutes charges : l'apporteur assumera donc à l'égard de la société l'obligation de désintéresser tous les créanciers pouvant avoir des droits réels sur l'immeuble (7). La procédure de purge sera dans ce cas utilisée par la société afin de se garantir contre une inexécution par l'apporteur de son obligation de libérer l'immeuble de toutes les charges existantes. Si la société est obligée de payer certains créanciers hypothécaires à la suite de la procédure de purge, elle aura un recours contre l'apporteur et l'on appliquera alors dans les relations de l'apporteur avec la société les règles de l'éviction (8).

192. — La transcription de l'apport immobilier permet ainsi à la société de purger ; elle arrête par ailleurs le cours des inscriptions hypothécaires du chef de l'apporteur ; elle permet aussi à la société de rendre l'apport opposable à une personne qui aurait acheté l'immeuble à l'apporteur, antérieurement à la mise en société, dès lors que cet acquéreur aurait pour sa part omis de faire transcrire son titre. Mais pour que l'apport soit ainsi opposable à une personne ayant acquis le bien antérieurement, il faut que cet apport et la transcription qui a suivi ne revêtent pas un caractère frauduleux.

L'apport en société risque en effet d'être utilisé comme procédé frauduleux destiné à faire échec à des droits réels acquis sur un immeuble par une personne qui a omis de faire transcrire ces droits. L'apport pourrait également être utilisé pour empêcher la réalisation d'une promesse de vente portant sur l'immeuble. La jurisprudence a eu récemment à statuer en cette matière dans une espèce qui a eu un grand retentissement : l'affaire *Ville de Paris contre de Pange*. Les importantes controverses auxquelles ont donné lieu les trois décisions rendues successivement dans cette affaire par le Tribunal civil de la Seine (1), la Cour d'appel de Paris (2) et la Cour de cassation (3) sont du reste en grande partie relatives

191. — (7) Et dès lors si l'apporteur s'est engagé à obtenir dans un délai déterminé la radiation des inscriptions qui grevaient l'immeuble constituant son apport social, il est passible de dommages-intérêts en cas de retard dans l'exécution de cette obligation (v. Douai, 10 déc. 1903, *J. Soc.* 1904, p. 270).

(8) Sur l'éviction en matière d'apport, v. *infra* n° 260.

192. — (1) Trib. civ. Seine, 16 juil. 1943, J.C.P. 1945.II.2743, note E. Becqué ; D.C. 1944, J. 19, note Rouast.

(2) Paris, 11 mai 1945, D. 1947, J. 62, note J. Hamel.

(3) Cass. civ., 10 mai 1949, D. 1949, J. 277, note R. Lenoan.

à des questions étrangères à la présente étude, et ces décisions ne sont citées ici qu'à titre d'exemple d'apport frauduleux suivi d'une transcription présentant le même caractère. Il avait en effet été consenti à un sieur de Pange une promesse de vente sur l'immeuble : « L'île de Colombes ». La dame Broquet, qui avait consenti cette promesse, tenta, lorsque de Pange déclara lever l'option, de faire échec à ses droits, en constituant avec un complice la « Société immobilière de l'île de Colombes » à laquelle fut fait apport de l'immeuble promis à de Pange. La transcription de l'apport fut effectuée très rapidement et l'imeuble vendu à un sous-acquéreur de bonne foi : la Ville de Paris. De Pange demanda que la société immobilière constituée en fraude de ses droits soit annulée, cette nullité devant entraîner celle de l'apport et celle de la transcription. Il obtint gain de cause devant les tribunaux. Par la suite la ville de Paris intervint en invoquant sa qualité de sous-acquéreur de bonne foi, mais les juridictions saisies ont considéré que ce sous-acquéreur devait subir les conséquences de la nullité du titre de son auteur.

Ce qu'il importe de noter en matière d'apport à la suite de ces décisions, c'est que la transcription étant selon la formule de la Cour de cassation une formalité « normalement confortative et non constitutive de droit », elle ne peut valider un apport frauduleux et fictif, et la nullité de cet apport peut être opposée à un sous-acquéreur de bonne foi ayant acquis de la société le bien apporté, même si la transcription effectuée par ladite société était antérieure à celle effectuée par la personne revendiquant l'immeuble à titre d'ayant cause de l'apporteur.

Au cours de la dernière guerre, à côté de la transcription une autre formalité fut requise en matière de mutations d'immeubles entre vifs : il s'agissait d'une autorisation préfectorale établie par la loi du 16 novembre 1940. En cette matière l'apport suivit un régime analogue à la vente d'immeubles et en raison de son caractère translatif de propriété, il fut soumis à cette autorisation jusqu'à une ordonnance du 2 novembre 1945 qui annula mais sans rétroactivité la loi du 16 novembre 1940 (4).

193. — La publicité des mutations qui s'est développée à l'origine en matière immobilière a été progressivement étendue en matière mobilière. Mais le nombre des meubles dont la transmission doit faire l'objet d'une publicité est relativement réduit. En règle générale l'apport d'un meuble corporel n'est pas soumis à une publicité spéciale, s'ajoutant à celle qui existe du fait du dépôt et de la publication de l'acte de société. Si un conflit s'élève entre la société à laquelle a été apporté un bien

192. — (4) Cf. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 116.

mobilier corporel et une autre personne qui prétend avoir des droits sur ce bien, le conflit sera réglé par l'application des articles 1141 et 2279 du Code civil. C'est également ces articles qu'il y aura lieu d'appliquer si l'apport consiste en titres au porteur, ces biens étant traditionnellement assimilés à des meubles corporels.

Quelques meubles corporels voient cependant leur cession soumise à une publicité particulière. Il en est ainsi des navires dont la vente implique la formalité dite « mutation en douane », formalité qui est également requise en matière d'apport en société de navires (1). Plus récemment, la loi du 22 février 1944 est venue soumettre à une publicité spéciale les cessions de films cinématographiques ; ces cessions, auxquelles sont assimilés par ladite loi les apports en société, doivent être inscrites sur un registre public, et à défaut de cette inscription le transfert est inopposable aux tiers.

Quoique le film constitue en lui-même un bien corporel, les questions cinématographiques sont étroitement liées au problème des « propriétés incorporelles » et l'on peut dire que la mesure de publicité qui vient d'être édictée en matière de films se rattache au mouvement qui tend à soumettre chacun des différents meubles incorporels à une publicité propre. A ces meubles en effet l'article 2279 est inapplicable (2) et il est nécessaire d'indiquer comment le législateur a entendu porter à la connaisance des tiers les mutations dont sont l'objet les trois meubles incorporels qui sont le plus fréquemment apportés en société : les brevets, les fonds de commerce et les créances.

En ce qui concerne les cessions de *brevets,* les formalités étaient jusqu'à une époque récente fort complexes. La loi du 5 juillet 1844 décidait dans son article 20 que la cession totale ou partielle d'un brevet devait être effectuée par acte notarié et que pour être valable à l'égard des tiers elle devait être enregistré au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte avait été passé. La question se posait de savoir si ces formalités étaient applicables à l'apport en société de la propriété d'un brevet. La majorité de la doctrine (3) se prononçait à juste titre dans le sens de l'affirmative. Etant donné que l'apport fait à une société jouissant de la personnalité civile est translatif de la propriété de la chose apportée, il doit être assimilé, au regard des formalités de publicité, à une cession: c'est la solution adoptée en matière de transcription immobilière et il apparais-

193. — (1) L. 27 vendémiaire an II, art. 17. — Cf. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 131; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21.

(2) Cf. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. I, n° 3386.

(3) Ch. Lyon-Caen, note au *Recueil Sirey*, 1883.I.17; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21; Houpin et Bosvieux, t. I, n° 121; Pic et Kréher, *Soc.*, t. I, n° 35; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 122.

sait illogique d'adopter en matière de brevets une solution différente. Pourtant la Cour de cassation (4) se refusa à assimiler au point de vue des formalités de mutation la mise en société d'un brevet à la cession de ce brevet : cette position fut extrêmement critiquée (5) à juste titre par la doctrine qui invoquait pour la combattre le principe de la personnalité des sociétés commerciales.

A la publicité par enregistrement de la cession du brevet à la préfecture, vint se superposer une nouvelle formalité résultant de l'article 4 de la loi du 26 juin 1920. Par application de cette disposition, la cession d'un brevet n'était valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial des brevets d'invention tenu à l'Office national de la propriété industrielle. Etant donné les termes extrêmement larges employés par la loi de 1920, la publicité qu'elle instituait semblait devoir s'appliquer non seulement à l'apport de la propriété du brevet mais également à l'apport du droit d'exploitation de ce brevet.

Cette publicité complexe relative à la cession des brevets d'invention a été considérablement simplifiée par un décret du 30 septembre 1953 (6). La publicité qui avait lieu dans les préfectures est supprimée. Seule subsiste l'inscription au registre des brevets tenu à l'Institut national de la propriété industrielle, cet Institut ayant succédé à l'ancien Office national.

La publicité de la cession de brevet se trouvant dès lors notablement allégée, il est permis de penser que la jurisprudence n'hésitera plus maintenant à étendre l'application de cette publicité à l'apport (7) et qu'ainsi prendra fin une très longue controverse (8).

194. — Lorsque les brevets sont apportés à titre d'éléments d'un fonds de commerce, les formalités spéciales de publicité qui sont requises lorsqu'ils sont apportés isolément n'en sont pas moins exigées : elles viennent s'ajouter à la publicité existant en matière d'apport de fonds de commerce.

193. — (4) Cass. req. 19 juin 1882, S. 1883. I. 17; Cass. civ., 22 mars 1898, *J. Soc.*, 1899, p. 12; Cass. crim., 11 mars 1911, *J. Soc.*, 1912, p. 58. — Rappr. Trib. civ. Lyon, 29 nov. 1951, D. 1952, som. p. 25; *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 339.

(5) V. l'examen de ces critiques *supra* n° 98.

(6) Ce décret n°. 53-972 a abrogé l'article 4 de la loi du 26 juin 1920 et modifié notablement l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844. — V. le commentaire de ce décret dans la chronique de MM. Roubier et Chavanne, *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 905.

(7) On peut cependant regretter que le décret du 30 septembre 1953 n'ait pas expressément décidé que la publicité établie en matière de cession s'appliquait à l'apport en société du brevet.

(8) V. un exposé détaillé de cette controverse dans l'étude de G. Cantenot, *L'apport en société d'un brevet d'invention*, J. Soc., 1952, p. 257.

L'apport de fonds de commerce (1) est en effet l'objet d'une importante réglementation en ce qui concerne la publicité, mais à la différence de ce qui existe en matière d'apport d'immeubles ou de brevet, la formalité de publication de l'apport de fonds de commerce est étrangère à la transmission de la propriété du fonds à la personne morale : même à l'égard des tiers cette transmission s'opère par le seul effet de la convention. L'unique but de la publicité de l'apport du fonds est d'empêcher que le propriétaire de ce fonds ne puisse priver ses créanciers de leur gage sans qu'ils en soient avertis. En effet lors de l'étude des mesures spéciales de protection des créanciers de l'apporteur (2), il sera montré que les mesures de publicité envisagées présentement constituent le moyen de permettre à ces créanciers de défendre efficacement leurs droits en déclarant leurs créances.

C'est par la loi du 17 mars 1909 qu'ont été prévues les premières mesures de publicité concernant l'apport en société d'un fonds de commerce, cet apport n'ayant été soumis jusque là à l'accomplissement d'aucune formalité particulière. Dans la loi de 1909 deux textes régissaient la question et ils paraissaient difficilement compatibles. La jurisprudence avait entrepris d'établir un système cohérent, sinon satisfaisant, en considérant que si le fonds était apporté à une société en formation la publication de l'acte de société était suffisante et que si au contraire le fonds était apporté à une société déjà constituée il fallait procéder à la publicité requise en matière de vente du fonds, c'est-à-dire deux insertions dans un journal d'annonces légales sous forme d'extrait ou d'avis contenant les renseignements propres à identifier le fonds de commerce, l'apporteur et la société bénéficiant de l'apport. *De lege ferenda* cette dualité de systèmes de publicité paraissait indéfendable : il n'y avait aucun motif valable d'instituer un régime différent selon que l'apport du fonds était effectué au profit d'une société en formation ou d'une société procédant à une augmentation de capital. Les critiques, dont étaient ainsi l'objet les articles 3 et 7 de la loi de 1909, ont amené le législateur à modifier ces textes par la loi du 11 mars 1949.

La réforme a consisté dans l'établissement d'un régime unique de publicité en cas d'apport en société quelque soit le moment de la vie sociale où est effectué cet apport. Et cette unification s'est opérée en soumettant dans tous les cas l'apport d'un fonds de commerce en société aux mesures de publicité établies pour les ventes de fonds de commerce (3). Ainsi cet

194. — (1) L'étude des mesures de publicité en cas d'apport de fonds de commerce ne concerte que l'apport de la propriété de ce fonds, l'apport en jouissance n'étant pas soumis à ces mesures.
(2) V. *infra* n° 214.

(3) L'article 7 nouveau de la loi de 1909 qui concerne la publicité de l'apport du fonds renvoie en effet à l'article 3 nouveau de la même loi gouvernant les ventes de fonds de commerce.

apport doit faire l'objet d'un premier avis qui sera inséré dans un journal d'annonces légales publié dans le ressort du tribunal de commerce où se trouve situé le fonds. Cette publication doit être effectuée dans ce journal une seconde fois entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion et il est nécessaire de la compléter par une mention au Bulletin officiel du registre du commerce.

L'extrait publié au journal d'annonces légales doit contenir un certain nombre d'indications destinées à renseigner les tiers. Mais si ces indications ont déjà figuré dans la publicité dont a été l'objet soit l'acte constitutif de la société, soit l'augmentation de capital, la publicité visant l'apport du fonds en société pourra s'effectuer par simple référence aux insertions effectuées en conformité avec les dispositions des lois de 1867 et de 1925 (4).

195. — Alors que la publicité de l'apport en société d'un fonds de commerce fait ainsi l'objet d'une réglementation minutieuse et complexe, *l'apport de créances* n'a fait l'objet d'aucune disposition spéciale, mais la doctrine (1) et la jurisprudence lui ont appliqué le régime de la cession de créances et considèrent notamment que les dispositions de l'article 1690 du Code civil doivent regir l'apport en société d'une créance. La Cour de cassation a ainsi décidé dans un arrêt du 24 décembre 1894 (2) que la transmission d'une ou de plusieurs créances à une société à la suite d'un apport ne s'effectue valablement vis-à-vis des tiers que par la signification du transport de créances aux débiteurs ou par l'acceptation de ceux-ci dans un acte authentique.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation en 1894 (affaire Kerform contre Bregante), un associé avait fait apport en société de la créance de fermages qu'il avait contre certains locataires ; l'apport n'avait pas été signifié à ces locataires et un créancier personnel de l'apporteur en profita pour procéder à une saisie-arrêt sur lesdites créances. La Cour de cassation admit

194. — (4) V. le détail des formalités de publicité requises en cas d'apport de fonds de commerce en société, tant sous l'empire de la loi du 17 mars 1909 que sous l'empire de la loi du 11 mars 1949 dans l'étude d'A. Weill, *Apport d'un fonds de commerce en société*, J.-Cl. Sociétés, fasc. 13, nos 85 à 184. — Sur la réforme intervenue en 1949, v. également R. Bagneris, *La publicité des mutations de fonds de commerce et notamment des apports en société*, J. Soc., 1950, p. 321 et s.

195. — (1) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 121; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 119; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 34.

(2) D.P. 1895. I. 206.

que cette saisie-arrêt pouvait être valablement effectuée par le créancier de l'apporteur, même s'il avait eu connaissance de la cession, dès lors qu'aucune fraude ne pouvait lui être imputée.

C'est précisément sur le terrain de la mauvaise foi du créancier saisissant que devait se placer la Cour de Nîmes (3), devant laquelle l'affaire fut renvoyée. Ce créancier saisissant n'avait en effet pas seulement eu connaissance de l'apport de la créance à la société, mais il avait coopéré et collaboré avec l'apporteur de créance à la constitution de la société, à tel point qu'il avait été désigné comme ingénieur en chef de la société en formation et s'était livré à quelques travaux d'exploitation préliminaire. Il avait donc eu, selon l'expression de la Cour de Nîmes, « une connaissance spéciale et personnelle » du transport de créances à la société.

La Cour de cassation (4), saisie à nouveau de l'affaire et relevant à son tour cette « connaissance spéciale et personnelle », considéra pour cette raison que bien que l'apport de créances n'ait été ni signifié, ni accepté par acte authentique, les saisies-arrêts opérées par le créancier de l'apporteur avaient pu à bon droit être déclarées nulles. Dans la note publiée au Recueil Sirey sous ce second arrêt de la Cour de cassation, M. Albert Wahl critique la position adoptée par cette juridiction. La distinction entre une connaissance pure et simple de l'apport de créances et une « connaissance spéciale et personnelle » lui paraît bien subtile. Sans doute la Cour de cassation ajoute-t-elle que dans le cas de connaissance spéciale et personnelle, on ne saurait être de bonne foi. Mais pour M. Wahl une telle précision n'est nullement satisfaisante, car, dit cet auteur, « être de bonne foi vis-à-vis d'un fait c'est l'ignorer, être de mauvaise foi c'est le connaître ; le tiers est donc de mauvaise foi par cela seul qu'il connaît la cession et que la connaissant il se fait attribuer des droits sur la créance cédée ».

Cette argumentation de M. Wahl à première vue fort séduisante ne paraît pas complètement convaincante. Le créancier de l'apporteur peut, sans être taxé de mauvaise foi, saisir-arrêter la créance apportée même s'il a eu connaissance de la cession, dès lors que celle-ci est entachée d'un vice, les formalités de l'article 1690 n'ayant pas été accomplies. Ce vice rend en effet la cession inopposable aux tiers, donc inexistante à son égard, et le créancier de l'apporteur peut se prévaloir de cette inopposabilité pour saisir-arrêter la créance. Sa mauvaise foi ne devient caractérisée qu'eu égard aux circonstances de la cause et l'apport de créances ne peut lui devenir opposable, à défaut

195. — (3) Nîmes, 16 juillet 1895, sous Cass. civ., 7 juillet 1897, D.P. 1898. I.483.

(4) Cass. civ., 7 juillet 1897, D.P. 1898.I.483, S. 1898.I.113, note A. Wahl.

de l'accomplissement des formalités de l'article 1690, que par application de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* ». En l'espèce les conditions nécesaires à l'application de cet adage étaient remplies puisque comme le relève la Cour de cassation le créancier exerçant la saisie-arrêt avait tout fait antérieurement pour que les créances apportées entrent dans l'actif social.

La Cour de cassation arrive ainsi à l'établissement d'un système relativement satisfaisant en l'état actuel des textes mais il est bien entendu permis de souhaiter que le système de l'article 1690 soit un jour prochain modifié par le législateur. S'il protège de manière convenable les intérêts du débiteur cédé, il ne renseigne que très imparfaitement les créanciers du cédant, c'est-à-dire dans l'hypothèse envisagée les créanciers de l'apporteur. Mais il ne faut pas oublier que ces créanciers sont déjà renseignés dans une large mesure par la publicité donnée à l'acte de société.

Les formalités de l'article 1690 ne sont pas uniquement applicables à l'apport de créances civiles, elles s'appliquent également à l'apport de créances commerciales. C'est ce que décide très justement un jugement du Tribunal civil de la Seine du 8 avril 1905 (5). Cependant la transmission de certaines créances commerciales suit un régime différent ; c'est le cas notamment des titres négociables. L'apport de ces titres, comme leur cession, est soumis aux formalités d'endossement, de tradition manuelle ou de transfert, selon qu'il s'agit d'un titre à ordre, d'un titre au porteur ou d'un titre nominatif (6). Et il importe de remarquer que ce régime s'applique aux valeurs mobilières aussi bien lorsqu'elles représentent des droits de créancier que des droits d'associé.

196. — Bien qu'imparfaites sur certains points, les mesures de publicité concernant la mise en société des apports n'en accomplissent pas moins de manière assez satisfaisante leur fonction essentielle qui est de renseigner les tiers sur l'objet et la consistance des apports et sur les personnes qui ont effectué ces apports. Mais il n'est pas suffisant, pour les tiers que sont les créanciers de l'apporteur, de constater que l'acte accompli par leur débiteur leur cause préjudice. Il n'est pas suffisant, pour cette autre catégorie de tiers que sont les créanciers de la société, de constater ultérieurement que les indications fournies lors des formalités de publicité étaient erronées. La publicité ne sera dans la plupart des cas qu'un moyen de permettre aux tiers de faire annuler l'acte qui leur cause préjudice ou de faire déclarer responsables certaines personnes. Au delà des mesures

195. — (5) *J. Soc.*, 1906, p. 139.

(6) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 121; Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n 34; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, n° 130.

de publicité, il y a les mesures de protection proprement dites qui permettent aux tiers la sauvegarde de leurs intérêts. Et ces mesures de protection sont bien entendu différentes selon que l'on envisage les créanciers de l'apporteur ou les créanciers de la société: les premiers ont en effet intérêt à ce que le patrimoine de leur débiteur ne s'appauvrisse pas et ils chercheront dans certains cas à le reconstituer au détriment même du patrimoine social ; les créanciers de la société ont au contraire intérêt à ce que le patrimoine social soit le plus important possible, à ce qu'il comprenne absolument tout ce qui a été promis par les apporteurs. Il y a ainsi antagonisme foncier entre les intérêts des créanciers de l'apporteur et les intérêts des créanciers de la société : la protection des intérêts des uns nuira souvent aux intérêts des autres. C'est dans chaque hypothèse l'intérêt qui apparaîtra le plus légitime qui devra être sauvegardé.

SECTION II

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DE L'APPORTEUR

197. — Le plus grand risque que courent les créanciers d'une personne est de voir celle-ci s'appauvrir. S'ils ne possèdent aucune sûreté réelle, ils ne pourront en règle générale qu'assister en simples spectateurs à cet appauvrissement, mais du moins doit-on leur reconnaître le droit d'intervenir lorsqu'il ne s'agit pas de la part de leur débiteur d'un appauvrissement normal mais d'une dilapidation frauduleuse de son patrimoine. L'apport en société, du fait précisément qu'il est susceptible de réaliser une aliénation, permet au débiteur de faire échapper certains biens aux poursuites de ses créanciers. Une fois que le bien est entré dans le patrimoine de la société, les créanciers de l'apporteur n'ont en principe plus aucun droit sur lui. Cette situation a paru au législateur injuste en bien des circonstances, et cela non seulement lorsque l'apport est frauduleux, mais également dans certaines hypothèses particulières, lorsque l'apport tout en étant opéré de bonne foi risque de causer un grave préjudice aux créanciers : c'est le cas en matière d'apport de fonds de commerce, ce bien constituant en général l'essentiel du patrimoine d'un commerçant.

Il est permis alors de songer à deux procédés pour sauvegarder les intérêts des créanciers de l'apporteur. En premier lieu la *nullité de l'apport* pourra être décidée : c'est une mesure de protection efficace, le bien revenant dans le patrimoine du débiteur. Mais une autre solution est également possible : *admettre les créanciers de l'apporteur comme créanciers de la société* ; l'adoption de cette solution permettra dans certains

cas une conciliation très satisfaisante des intérêts en présence. Ces deux mesures de protection existent côte à côte dans notre droit positif, et il apparaît utile de consacrer à chacune un développement distinct.

§ 1. — LE RETOUR DU BIEN APPORTÉ DANS LE PATRIMOINE DU DÉBITEUR

198. — Par la simple application à l'apport en société des règles de droit commun, il est possible pour les créanciers de l'apporteur d'assurer dans un certain nombre d'hypothèses le retour au sein du patrimoine de leur débiteur du bien mis par celui-ci en société. Tout d'abord lorsque ce débiteur lui-même a la possibilité de recouvrer son bien, en invoquant la nullité de la société ou de l'apport et que pourtant il n'agit pas, ses créanciers ont le droit de se substituer à lui en vertu de l'article 1166 du Code civil et d'obtenir au moyen de l'*action oblique* la restitution de l'apport.

La question est cependant délicate lorsque l'action en nullité que va intenter le créancier au nom de son débiteur tient à ce que celui-ci était incapable d'effectuer valablement l'apport qu'il a fait à la société.

Bien que l'on puisse considérer l'action en nullité pour incapacité comme étant dans une certaine mesure un droit personnel conféré à l'incapable, la jurisprudence (1) et la doctrine (2), se fondant sur le but exclusivement pécuniaire de cette action, n'hésitent pas à reconnaître aux créanciers de l'incapable le droit de l'intenter. Les créanciers d'un apporteur incapable auront donc le droit de demander que l'apport fasse retour dans le patrimoine de leur débiteur. Et bien entendu, suivant les règles habituelles de l'action oblique, cette restitution de l'apport ne profitera pas au seul créancier poursuivant, car le bien tombera dans le gage commun de tous.

Mais le problème qui se posera le plus souvent sera de permettre aux créanciers d'attaquer un apport effectué par leur débiteur et parfaitement valable à l'égard de celui-ci. Il faut dans ce cas reconnaître au créancier un droit propre d'action. En droit commun les créanciers chirographaires n'ont pas la faculté de faire supprimer les conséquences nuisibles pour eux des contrats faits sans fraude par leur débiteur. Un débiteur peut librement vendre ses biens, sans que ses créanciers puissent s'y opposer s'ils ne peuvent invoquer une fraude à leurs

198. — (1) Cf. Cass. civ., 10 mai 1853, D.P. 1853. I. 160.
(2) RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. II, n° 1394.

droits. L'apport que peut faire un débiteur de ses biens n'apparaît en définitive pas plus dangereux pour les créanciers que la vente des mêmes biens. Lorsqu'il s'agit d'un apport en propriété, l'aliénation du bien au profit de la personne morale aboutit aux mêmes résultats au regard des créanciers que l'aliénation réalisée au moyen d'une vente. L'on doit protéger en règle générale les créanciers de l'apporteur de la même manière qu'on les eût protégé contre une vente, c'est-à-dire les protéger essentiellement contre un apport frauduleux.

Mais ce cas doit-il être le seul ? Lorsqu'une disposition légale ou conventionnelle interdit la cession d'un bien, par exemple d'un droit au bail, il est permis de se demander si dans cette hypothèse une telle disposition qui est destinée à protéger un créancier particulier du titulaire du droit doit être *ipso facto* étendue à l'apport.

A) L'apport frauduleux

199. — Un débiteur désireux de soustraire ses biens à la poursuite de ses créanciers personnels aura souvent la tentation de faire apport des dits biens à une société. L'opération lui apparaît avantageuse. En effet à la suite de l'apport, le bien fait partie du patrimoine social. En vertu de la théorie de la personnalité morale, on déclare qu'il est la propriété de l'être moral créé. Dès lors le bien échappe aux poursuites exercées par les créanciers de l'apporteur et ce dernier pourtant est loin de perdre tous ses droits sur le bien : si l'apport est effectué au profit d'une société de personnes, il gardera un contrôle effectif du bien apporté. On doit donc reconnaître aux créanciers le droit de déjouer cette fraude et leur situation est ici renforcée par rapport au cas d'une vente frauduleuse. En effet dans l'hypothèse d'un apport effectué en fraude des droits des créanciers, la société constituée sera fréquemment une société fictive. Les créanciers de l'apporteur auront alors le choix entre deux voies de droit : l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation.

I. — L'action paulienne

200. — Dans un arrêt du 14 avril 1930 (1), la Chambre des requêtes de la Cour de cassation décide que quand un débiteur pour échapper à une saisie immobilière constitue une société à laquelle il fait apport de tous ses biens meubles et immeubles les soustrayant ainsi en totalité à la poursuite de ses créanciers, la société constituée dans ces conditions est susceptible d'être

200. — (1) *J. Soc.*, 1931, p. 408.

annulée si les conditions d'exercice de l'action révocatoire prévue par l'article 1167 du Code civil sont réunies. C'est donc dans le cadre de l'action paulienne que se place ici la Cour de cassation et elle exige très justement toutes les conditions qui de droit commun doivent être remplies pour qu'un créancier puisse attaquer, en invoquant la fraude, les actes de son débiteur.

Les conditions concernant le préjudice causé au créancier et l'intention frauduleuse du débiteur ne nécessitent aucune adaptation spéciale lorsqu'on les applique à un apport en société ; il n'en est pas de même de la troisième condition : celle qui est relative à la complicité frauduleuse du tiers acquéreur.

Il est tout d'abord évident que cette condition doit être remplie en matière d'apport puisque cet acte se présente comme étant toujours à titre onéreux (2). Mais il est permis de se demander quel est le tiers dont la complicité est nécessaire. Il paraît indispensable d'adopter une solution différente selon que l'on est en présence d'un véritable contrat de société ou d'un contrat d'apport, distinction déjà faite à maintes reprises au cours de cet ouvrage (3). Lorsqu'il y a contrat de société passé entre les associés d'une société de personnes, il apparaît nécessaire de faire la preuve de la complicité frauduleuse de tous les associés. Au contraire lorsque l'apport frauduleux aura fait l'objet d'un contrat entre l'apporteur et le représentant d'une société anonyme en formation ou préexistante, il suffira de prouver que ce représentant a eu connaissance de la fraude pour que l'apport puisse être annulé à la suite de l'exercice de l'action paulienne. C'est en effet dans cette hypothèse la personne morale qui contracte avec l'apporteur et la bonne ou la mauvaise foi de la personne morale doit s'apprécier en fonction de la bonne ou de la mauvaise foi de l'organe qui l'a représentée.

La complicité frauduleuse des co-associés de l'apporteur ou du représentant de la personne morale bénéficiaire de l'apport sera parfois délicate à prouver. Très souvent cependant l'insertion dans les statuts de clauses inhabituelles, de stipulations singulières faciliteront cette preuve (4). Il arrive en effet fréquemment dans ce cas qu'une clause décide par exemple que tous les bénéfices seront mis en réserve et ne seront partagés qu'à l'expiration de la société (5).

Quant à ses effets l'action paulienne présente un caractère relatif. L'acte frauduleux n'est annulé qu'à l'égard du créancier

200. — (2) V. *suppra* n° 52.
(3) V. notamment *supra*, n^{os} 33 et s.
(4) HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 78.
(5) Lyon, 10 mai 1898, *J. Soc.*, 1899, p. 76.

demandeur et par conséquent seulement dans la mesure de la créance de ce dernier. Ces principes, si on les applique à la matière des sociétés, doivent conduire à décider qu'en cas d'apport frauduleux, dont un créancier obtient révocation, seul cet apport sera annulé et il ne sera annulé qu'au profit du créancier demandeur. La société ne sera pas en principe annulée *erga omnes* pour autant. Toutefois dans son traité des « Nullités de sociétés » (6), M. Hémard se refuse à admettre qu'en cas d'apport frauduleux la société ne doit disparaître qu'à l'égard du créancier poursuivant. Sans doute, considère cet auteur, c'est ce qui devrait arriver si l'on appliquait ici le droit commun de l'action paulienne, mais ce droit commun doit être écarté, car « en réalité une société constituée dans le but de frauder les créanciers de l'un des associés est une société purement fictive, elle n'a de société que le nom ».

Cette argumentation ne paraît pas entièrement convaincante. Certes, très souvent lorsqu'il y aura apport frauduleux au profit d'une société, cette société ne sera en fait qu'un être moral fictif créé précisément pour permettre la fraude et la juridiction saisie pourra tirer les conséquences de cette fictivité, mise indirectement en lumière par l'action paulienne, en prononçant la nullité de la société. Mais il est parfaitement possible de concevoir un apport frauduleux fait à une société qui n'est pas fictive et dans ce cas il n'y a nulle raison de donner à l'action paulienne les effets d'une action en déclaration du caractère fictif d'une société.

Lorsque le créancier poursuivant se sera placé sur le terrain de l'action paulienne et que le tribunal aura reconnu valable ses prétentions sur le terrain de l'article 1167 du Code civil, cette décision doit entraîner comme conséquence que l'apport sera révoqué au seul profit du créancier demandeur. Les droits de celui-ci varieront du reste selon que l'apport portait sur une somme d'argent ou sur un corps certain.

Quant il s'agit d'un apport en numéraire, le créancier personnel de l'apporteur devra subir le concours des créanciers sociaux. On peut dire qu'en pratique il deviendra dans ce cas créancier de la société pour le montant de sa créance ou pour le montant de l'apport frauduleux si cet apport est inférieur à la créance.

Lorsque l'apport frauduleux sera un apport en nature, il y aura lieu de distinguer pour déterminer les droits du créancier poursuivant selon que les biens apportés se retrouvent en nature dans l'actif de la société ou qu'ils ont été aliénés par celle-ci. Si les biens se retrouvent en nature, il y a révocation de l'apport au profit du créancier poursuivant qui dans la limite de sa cré-

200. — (6) N° 78.

ance reprendra ses biens à son seul profit dans l'actif de la société. Il ne subira en aucune manière le concours des créanciers de la société, sauf si ceux-ci ont obtenu de bonne foi une hypothèque consentie par la personne morale.

On doit en effet décider que les droits réels accordés à un tiers de bonne foi par l'acquéreur complice de la fraude demeurent valables (7). C'est ce qui conduit à admettre que si les biens apportés frauduleusement ne se retrouvent pas en nature dans le patrimoine social, s'ils ont été aliénés au profit d'un acquéreur, le créancier de l'apporteur ne pourra agir contre cet acquéreur qu'en prouvant la mauvaise foi de celui-ci. Lorsque la personne ayant acquis de la société le bien apporté frauduleusement est de bonne foi, le créancier poursuivant n'aura aucun recours contre elle. Il conservera seulement un recours contre la société et pourra en particulier demander à être payé sur le prix d'achat versé à la société par l'acquéreur du bien. Mais il subira sur ce prix le concours des créanciers sociaux.

Il apparaît donc qu'en règle générale le créancier poursuivant peut obtenir à son seul profit une restitution en nature du bien apporté frauduleusement par son débiteur. Mais lorsque cette restitution en nature est impossible en raison de la fongibilité de l'apport ou de son aliénation par la société, le créancier de l'apporteur se trouve soumis à la loi du concours : il devient créancier de la société. Au premier mode de protection des créanciers de l'apporteur, c'est-à-dire la restitution du bien apporté, fait place dans ce cas le second mode de protection : l'admission de ces créanciers au passif social.

Mais de toute manière l'action intentée ne bénéficie qu'au créancier poursuivant. Dès lors que la fictivité de la société n'a pas été invoquée, la personne morale demeure valable tant à l'égard des associés qu'à l'égard des créanciers sociaux. Toutefois on ne saurait faire abstraction du fait qu'à la suite de la révocation de l'apport au profit du créancier poursuivant, le patrimoine social se trouve amoindri. Il y a lieu dans ces conditions de faire application des règles existant en matière d'éviction (8),

200. — (7) En ce sens RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. II, n° 1452; Limoges, 16 mai 1939, D.C. 1941, J. 139. — Contra *J.-Cl. Sociétés*, fascicule 7 *ter*, n° 29. Cet ouvrage invoque l'adage « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ». Mais il apparaît que la bonne foi du bénéficiaire de l'hypothèque fait échec à l'application de l'adage. Il n'y a du reste aucune raison d'admettre une solution différente entre le cas où le droit réel consenti est une hypothèque et celui où il s'agit d'une vente opérée par la personne morale au profit d'un tiers de bonne foi; or dans ce dernier cas le *Juris-Classeur* (*eod. loc.*, n° 30) admet la validité de l'opération.

(8) V. *infra* n° 260.

puisque l'action du créancier poursuivant aura abouti en fin de compte à retirer à la société les droits qu'elle avait sur le bien apporté.

201. — En cas d'apport frauduleux l'article 1167 du Code civil n'est pas le seul texte qui peut être invoqué par les créanciers de l'apporteur. Ceux-ci peuvent également utiliser l'article 447 du Code de commerce qui autorise l'annulation des aliénations à titre onéreux accomplies au cours de la période suspecte par un commerçant en état de cessation de paiements. Les conditions de cette action se rapprochent dans une certaine mesure de celles de l'action paulienne. Lorsque le débiteur sur le point d'être déclaré en faillite a fait apport de ses biens à une société, il est nécessaire pour que cet apport puisse être révoqué par application de l'article 447 du Code de commerce que l'opération cause préjudice à la masse et que la société ait eu connaissance de l'état d'insolvabilité de l'apporteur (1).

Parfois le failli use de détours pour rendre la fraude moins apparente : le Tribunal de commerce de Roanne (2) eut à se prononcer sur la validité d'une société constituée entre la femme d'un commerçant et un tiers, postérieurement à la date de cessation des paiements par le commerçant. Il résultait des circonstances de fait que l'apport effectué par la femme avait été pris dans l'actif de la communauté et que la constitution de la société masquait en réalité une combinaison destinée à faire échapper aux créanciers certains éléments de leur gage. Dans ces conditions, le Tribunal annula, sur le fondement de l'article 447, la société ainsi frauduleusement constituée.

L'action fondée sur l'article 447 du Code de commerce apparaît donc comme une variété d'action paulienne, appliquée à une hypothèse particulière. Très différente est au contraire l'action en déclaration de simulation que peut dans beaucoup de cas intenter le créancier victime de la fraude.

II. — L'action en déclaration de simulation (1)

202. — Les hypothèses de simulation en matière de sociétés sont nombreuses et variées mais il semble possible de les ramener à deux types : dans certains cas on dissimule sous l'apparence d'une société un autre contrat, vente ou donation

201. — (1) Cass. req., 2 janvier 1935, S. 1935.1.69.
(2) Trib. com. Roanne, 18 décembre 1929, *Rev. Soc.*, 1930, p. 122.

202. — (1) Sur la simulation en matière de sociétés, v. Copper-Royer et ses fils, *Traité des sociétés*, t. II, chap. IV, *La simulation*, p. 205 à 273.

par exemple ; dans d'autres cas il y a simplement création d'un être moral fictif, par exemple pour frauder les droits des créanciers d'un des associés.

Lorsqu'il y a dissimulation d'un autre contrat sous l'apparence d'une société, les créanciers personnels de l'apporteur peuvent avoir intérêt à intenter l'action en déclaration de simulation. Si par exemple leur débiteur a gratifié par ce moyen un parent ou un ami en fraude de leurs droits, ils feront apparaître le caractère simulé de la société qui cache en réalité une donation, et ils attaqueront ensuite cette donation par la voie de l'action paulienne. Puisqu'ils auront fait d'abord apparaître le caractère d'acte à titre gratuit de l'opération, la preuve de la fraude leur sera facilitée car ils n'auront pas dans ce cas à établir la complicité frauduleuse du bénéficiaire.

Quand l'apport cache ainsi une donation, l'opération est souvent dirigée contre les héritiers réservataires de l'apporteur. Ceux-ci auront les mêmes droits que les créanciers quant à la possibilité de prouver la fraude dont ils sont victimes. En effet bien que n'étant pas à proprement parler des créanciers puisque la doctrine française se refuse à considérer le droit à la réserve comme un droit de créance, les héritiers réservataires ne s'en trouvent pas moins dans une situation fort voisine des créanciers de l'apporteur. Ils attaqueront donc comme ceux-ci la donation, déguisée en apport, par la voie de l'action en déclaration de simulation, et ayant ainsi restitué à l'opération son véritable caractère ils la feront révoquer pour atteinte à leur réserve. Dans cette hypothèse l'action en déclaration de simulation présente donc un caractère préalable ; son but est de restituer à l'acte sa véritable nature, et les intéressés utiliseront ensuite un autre moyen de droit (action paulienne ou action pour atteinte aux droits à la réserve) afin d'arriver à la révocation de l'acte qui leur cause préjudice.

La situation se trouve modifiée lorsque la société n'est pas créée pour dissimuler sous l'apparence d'un apport un acte différent, mais qu'il y a création d'un être moral fictif dont on simule ainsi l'existence. C'est également par la voie de l'action en déclaration de simulation que l'apport frauduleux pourra être attaqué dans cette hypothèse. Mais cette action ne fera pas alors apparaître un acte secret se cachant sous un acte ostensible : elle établira l'inexistence de la personne morale, simple façade destinée à cacher une manœuvre frauduleuse (2).

202. — (2) Certains auteurs (cf. ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 151) considèrent que même dans le cas de société fictive, l'action en déclaration de simulation ne sera qu'une voie de droit préalable qui devrait être suivie de demandes connexes tendant à faire prononcer la nullité de la société ou du moins son inopposabilité. Cette solution ne saurait être admise : en effet, dès lors que l'action en

En cas d'apport frauduleux ou présumé tel, les créanciers personnels de l'apporteur auront souvent intérêt à intenter l'action en déclaration de simulation au lieu de l'action paulienne, parce qu'il ne leur sera pas nécessaire de prouver la fraude de leur débiteur (2), ni d'établir que l'acte d'apport entraîne l'insolvabilité de celui-ci. Par ailleurs l'action paulienne ne peut être invoquée en règle générale que par les créanciers dont la créance est antérieure à l'acte frauduleux (4). Donc les créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la constitution de la société n'auront à leur disposition que l'action en déclaration de simulation.

Il est permis dans ces conditions de se demander si le domaine d'application étendu et les facilités de l'action en déclaration de simulation ne font pas perdre tout intérêt en cas d'apport frauduleux à cette autre voie de droit que constitue l'action paulienne. En fait il n'en est rien.

Tout d'abord l'action paulienne permet d'atteindre les personnes ayant acquis (au moins de mauvaise foi) le bien apporté à la société : elle présente sur ce point une supériorité sur l'action en déclaration de simulation, qui ne permet aucun recours contre un sous-acquéreur à moins que l'acte qui l'a mis en possession du bien ne soit lui-même simulé.

Ensuite, comme cela a été indiqué dans un précédent développement, l'action paulienne profite exclusivement au créancier qui l'a intentée. Quant à l'action en déclaration de simulation, si elle aboutit à établir le caractère purement fictif de la personne morale, elle aura un effet absolu et la société sera déclarée inexistante *erga omnes* ; au contraire si elle aboutit à démontrer qu'un acte secret se cache sous l'acte ostensible, par exemple dans l'hypothèse d'une donation déguisée en apport, les tiers ont le choix entre l'acte ostensible et l'acte secret : les créanciers personnels de l'apporteur ont intérêt à ce que l'acte ostensible soit écarté, les créanciers sociaux ont l'intérêt inverse. Le conflit entre eux devrait logiquement être résolu en faveur des créanciers sociaux, puisqu'en matière de simulation on donne généralement la préférence aux tiers qui invoquent l'acte ostensible. Mais la doctrine (5) se prononce ici pour la solution inverse et cela à juste titre car le caractère frauduleux que présente par hypothèse l'apport en l'espèce conduit à l'application de l'adage

déclaration de simulation a prouvé le caractère fictif de l'être moral, les créanciers n'ont besoin d'intenter aucune autre action pour faire constater une inexistence, que la déclaration de simulation aura suffi à démontrer.

202. — (3) HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 78.

(4) RIPERT et BOULANGER, *Droit civil*, t. II, n° 1439.

(5) ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 151.

« *Fraus omnia corrumpit* » en vertu duquel les créanciers de l'apporteur seront préférés aux créanciers sociaux sur le bien apporté.

Lorsque l'apport frauduleux est attaqué par la voie de l'action en déclaration de simulation, le créancier poursuivant a (comme en ce qui concerne la fraude dans le cas de l'action paulienne) la possibilité de faire la preuve de la simulation par tous moyens en particulier par témoins ou par présomptions puisqu'il s'agit de faits dont, en raison de la simulation même, les intéressés peuvent se trouver dans l'impossibilité de fournir une preuve écrite. Mais les faits à prouver ne seront pas les mêmes dans le cas de l'action en déclaration de simulation : on prouvera ou bien que l'apport cache en réalité une donation par exemple, ou bien que la société est fictive. Et dans ce dernier cas les présomptions seront généralement tirées de l'examen des apports : dans ce cas en effet l'apport principal est souvent effectué par la personne qui veut échapper aux poursuites de ses créanciers ou à l'application des règles de la réserve, les autres personnes font des apports beaucoup moins importants, elles apportent des sommes d'argent qui appartiennent en réalité à l'associé principal dont elles sont les complices.

Il y a des exemples assez nombreux de cette fraude. L'on en trouve notamment une application dans un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 11 avril 1927 (6). Il s'agissait en l'espèce d'un agent d'affaires qui avait fait apport de son cabinet à une société qu'il avait constituée avec sa concubine (devenue son épouse en secondes noces) de manière à faire échec aux droits d'enfants nés d'un premier lit. Ces héritiers réservataires furent bien entendu considérés comme recevables en leur action dirigée contre la simulation dont ils étaient les victimes. La même solution aurait été donnée s'il s'était agi de créanciers de l'apporteur. Il était en effet établi en l'espèce que le cabinet d'affaires apporté n'avait jamais cessé d'être la propriété de l'apporteur.

A côté de l'apport frauduleux à propos duquel on est ainsi conduit à décider le retour du bien apporté dans le patrimoine de l'apporteur en établissant l'inexistence ou le caractère frauduleux du transfert apparemment réalisé au profit de la société, il est un second cas où les créanciers de l'apporteur vont obtenir cette restitution, c'est l'hypothèse où le bien apporté était frappé d'une certaine incessibilité ayant pour but de les protéger. Les deux hypothèses se rapprochent du reste dans une certaine mesure, car très souvent l'apporteur essayera par l'apport de faire échec à la clause conventionnelle ou à la disposition légale d'incessibilité : il y a donc un certain élément de

202 — (6) Cass. civ., 11 avril 1927, D.P. 1929.I.25, note Pic.

mauvaise foi ici également. Le problème le plus intéressant posé par l'apport d'un bien déclaré dans l'intérêt d'un tiers incessible entre vifs se pose aujourd'hui en matière de bail.

B) L'apport d'un bail ou d'un immeuble donné à bail

I. — La protection du propriétaire en cas d'apport du bail par le locataire.

203. — En vertu de l'article 1717 du Code civil, « le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite ». Cet article qui n'a jamais été abrogé, mais qui aujourd'hui est paralysé dans la plupart de ses applications par des textes plus récents, a longtemps dominé la matière de l'apport en société d'un bail.

Il est permis de considérer (1) que les deux hypothèses prévues par l'article 1717, cession et sous-location, se retrouvent en matière d'apport en société et l'on peut distinguer une forme d'apport d'un droit au bail correspondant à une cession et une autre forme correspondant à une sous-location (2). Cependant la première forme apparaît l'hypothèse normale et dans la majorité des cas l'apport d'un bail à une société opère substitution de cette société au preneur dans les rapports avec le bailleur, en vertu du caractère translatif de droits que l'on doit dans ce cas reconnaître à l'apport. Celui-ci doit alors suivre les règles prévues pour les cessions de bail (3). Donc lorsque sous le régime de l'article 1717 du Code civil la clause d'un bail en interdit la cession, elle doit être étendue à l'apport du bail en société au moins lorsque celui-ci a les effets d'une cession. De même alors toute clause subordonnant la cession du bail à l'agrément du propriétaire doit recevoir application en matière d'apport en société. Si l'apporteur méconnaissait les obligations qu'il a envers le bailleur en matière de cession, le bailleur aurait la possibilité de faire déclarer que l'apport intervenu lui est inopposable et il pourrait par ailleurs obtenir la résiliation du bail en raison de la violation par le preneur de la clause prohibitive ou restrictive.

Ce régime de l'article 1717 du Code civil trouverait encore aujourd'hui son application intégrale dans certaines hypothèses et notamment en matière d'apport d'un bail de meubles : de matériel ou d'outillage par exemple. Mais en ce qui concerne les baux d'immeubles, des lois successives sont intervenues et la question se pose différemment aujourd'hui selon que le bail objet de l'apport concerne un local commercial, un fonds rural ou un local d'habitation.

203. — (1) Cf. Voirin, note D.P. 1929.II.5.
(2) V. *supra* n° 110.
(3) Paris (ref.), 7 décembre 1944, *Gaz. Pal.*, 1945. I. 35.

204. — A l'égard de *l'apport du bail de locaux commerciaux,* il importe en l'état actuel de la législation de distinguer le cas où le bail n'est apporté qu'à titre d'élément d'un fonds de commerce et le cas où il y a apport d'un bail seulement.

Le décret du 30 septembre 1953 dans son article 35 (1) édicte en effet la nullité des conventions tendant à interdire au locataire d'un local à usage industriel ou commercial de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce (2). Cette disposition déroge donc à l'article 1717 du Code civil qui prévoit au contraire la validité des clauses prohibant la cession. La conséquence en matière d'apport en société, c'est qu'un commerçant désirant entrer en société est libre de faire apport de son fonds de commerce à la personne morale, l'apport du droit au bail compris dans ce fonds étant valablement effectué nonobstant toute clause contraire inscrite dans le bail pour prohiber la cession de celui-ci. Mais le décret du 30 septembre 1953 ne vise que les clauses prohibant la cession, il ne mentionne pas les clauses qui font simplement dépendre la cession de l'agrément du cessionnaire par le bailleur. En raison de ce silence au sujet des clauses seulement limitatives, on doit décider qu'elles demeurent valables (3). Lorsqu'il existe dans le bail une clause subordonnant la cession à l'agrément du propriétaire, l'apporteur doit donc, pour que le bail soit valablement transmis à la société, faire accepter cette transmission par le bailleur. Une jurisprudence bien établie (4) décide du reste que le bailleur ne peut pas refuser sans motif valable d'agréer le cessionnaire. Si donc le bailleur refuse d'accepter l'apport, les parties pourront demander au tribunal la permisison de passer outre au refus du bailleur.

Il existe une autre variété de clause simplement limitative du droit de cession et dont l'application à l'apport a donné lieu

204. — (1) Ce texte reprend une disposition qui avait été établie par l'article 3 de la loi du 24 mai 1951.

(2) Le décret du 30 septembre 1953 n'a pas reproduit la disposition de l'article 9 de la loi du 30 juin 1926 qui ne permettait qu'après l'écoulement d'un certain délai la cession du bail renouvelé. Cette disposition, qui se trouve ainsi abrogée, paraissait devoir s'appliquer à l'apport dès lors que l'on voit dans cette opération un mode de transmission à titre onéreux au profit d'une personne morale. Il fallait donc admettre l'impossibilité de faire apport du bail renouvelé tant que n'était pas écoulé le délai de trois années consécutives d'exploitation personnelle (dont une au moins après le renouvellement) requises du locataire du fonds. — Cf. MARTIN et MAUS, *Manuel des baux commerciaux,* 2e éd., n° 255.

(3) Cf. A. JAUFFRET, *Rev. trim. dr. com.,* 1951, p. 486; 1953, p. 88 et 838.

(4) Cass. req., 17 nov. 1927, S. 1929.I.241; Cass. civ., 8 déc. 1930, *Gaz. Pal.,* 1931.I.86; Cass. req., 27 nov. 1934, *Gaz. Pal.,* 1934.II.928.

à une jurisprudence récente : c'est la clause imposant que la cession ou l'apport soit effectué par acte authentique en présence du bailleur. L'apport en société d'un bail ayant été effectué au profit d'une société à responsabilité limitée, en méconnaissant les dispositions de ladite clause, cette opération a été considérée comme constituant un manquement grave aux obligations du preneur et partant un motif légitime, pour le bailleur, de refuser le renouvellement (5). Cette espèce a permis à la Cour de cassation de se prononcer expressément pour l'application à l'apport en société des clauses restrictives du droit de céder ou de sous-louer.

Lorsque le bail n'est pas apporté à titre d'élément d'un fonds de commerce mais fait au contraire l'objet d'un apport à l'état autonome, les clauses prohibant la cession gardent toute leur valeur et pour les raisons précédemment indiquées on doit les appliquer à l'apport en société (6).

*
* *

En matière de baux commerciaux le législateur moderne se montre donc assez désireux de faciliter la cession du bail. Au contraire pour les autres baux, le législateur en conférant ces dernières années au droit au bail une stabilité beaucoup plus grande que celle qui lui était reconnue par le Code civil en a limité la cession. Il en est ainsi par exemple en matière rurale, où les droits du preneur ont été fixés par le statut du fermage pour favoriser la continuité de l'exploitation personnelle ou familiale. *L'apport d'un bail à ferme* connaît ainsi un régime particulier depuis l'ordonnance du 17 octobre 1945 et la loi du 13 avril 1946.

204. — (5) Cass. com., 8 mars 1949, D. 1949, 332, S. 1949. I. 139. — Cf. également note Voirin sous Nancy, 10 mai 1948, D. 1949, 252. — Trib. civ. Seine, 17 février 1953, *Gaz. Pal.*, 1953.I.356.

(6) On peut toutefois hésiter à faire cette assimilation de régime entre apport de droit au bail et cession de bail, lorsque l'apport est effectué au profit d'une société en nom collectif. Dans ce cas en effet son caractère translatif est atténué puisque l'apporteur continue à participer personnellement à l'exploitation et continue ainsi à occuper les locaux. De plus, en qualité d'associé en nom il demeure débiteur responsable à l'égard du propriétaire. L'apport n'est pas en cette hypothèse susceptible de causer de préjudice à ce dernier et il semble que l'on puisse légitimement songer ici à écarter l'application à l'apport des clauses interdisant ou restreignant la cession. On peut pour cela se fonder sur le fait que dans les sociétés en nom collectif, la personnalité morale de la société ne fait pas disparaître la personnalité des associés et qu'ainsi le caractère translatif de l'apport est seulement ici une fiction commode que l'on peut écarter lorsqu'elle aboutit à des résultats injustes. — V. *supra* n° 101.

205. — Comme cela a été mis en lumière dans les différents commentaires du statut du fermage (1), les droits importants reconnus au fermier ne lui sont pas accordés pour qu'il en tire un profit spéculatif. C'est par le désir d'éviter toute spéculation injustifiée que l'article 25 de l'ordonnance du 17 octobre 1945, modifié par la loi du 13 avril 1946, interdit la cession du bail rural. La doctrine s'est prononcée pour l'extension de cette disposition à l'apport en société du bail (2). Mais il faut que cette règle de principe subisse des tempéraments dont quelques uns sont commandés par le statut du fermage lui-même.

Tout d'abord l'article 25 de ce texte apporte une exception à l'interdiction de céder le bail, en autorisant cette cession en faveur des enfants et petits-enfants du preneur s'ils sont majeurs. Toutefois le bailleur peut s'opposer à cette cession en justifiant son opposition par un motif légitime. Il est permis d'adapter cette disposition à l'apport en société. Et l'on doit considérer que le preneur peut valablement faire apport de son bail à une société de famille qu'il constituerait avec ses enfants ou ses petits-enfants. Un tel apport bien loin de constituer un acte spéculatif renforce au contraire le caractère familial de l'exploitation, ce qui correspond au désir du législateur.

Dans un jugement du 30 novembre 1950 (3), le Tribunal paritaire d'arrondissement de Pontoise a eu à connaître de cette hypothèse. Il s'agissait d'une société agricole en nom collectif fondée entre un père et son fils. Le père, important fermier, avait fait apport à la société de la jouissance de son droit au bail. Le bailleur ayant attaqué l'apport devant le Tribunal paritaire cantonal de l'Isle-Adam, cette juridiction dans une décision du 23 mai 1950 (4) considéra que l'apport envisagé était nul pour deux raisons : d'une part il constituait « la cession de bail à un tiers » interdite par l'article 25 de l'ordonnance du 17 octobre 1945 et d'autre part il importait peu que la société en question soit composée uniquement du père et du fils. La position prise par ce jugement apparaît indéfendable, car puisqu'il considérait l'apport comme une cession, ce qui en l'espèce était parfaitement admissible, il devait appliquer la disposition du statut du fermage autorisant le fermier à céder le bail à son fils. Sans doute cette cession suppose-t-elle en principe le consentement du bailleur : mais le tribunal paritaire

205. — (1) V. p. ex. SAVATIER, *La législation nouvelle des baux ruraux*, n° 55.

(2) SAVATIER, *Manuel juridique des baux ruraux*, n° 84; GIFFARD, *Sous-locations et cessions de bail dans le statut des baux ruraux*, Rép. gén. Not., 1949, art. 26677, p. 31.

(3) D. 1951, J. 356, note SAVATIER.

(4) Décision rapportée sous le jugement du Tribunal paritaire d'arrondissement de Pontoise, 30 nov. 1950, D. 1951, J. 356.

peut en cas de refus de celui-ci autoriser les parties à passer outre à ce refus. Il semble donc que c'est en vertu de cette possibilité pour le preneur de céder son bail à son fils, que devait être admise la validité de l'apport effectué au profit d'une société entre le père et le fils.

Si en effet le père a le droit par une cession d'abandonner à son fils la totalité des droits qu'il tient du bail et de se substituer entièrement ce fils dans les rapports avec le bailleur, à plus forte raison doit-on lui reconnaître le droit d'effectuer seulement cette substitution partielle que constitue l'apport à une société de personnes, le père gardant dans ce cas une importante part de responsabilité dans la direction de l'exploitation. D'ailleurs il sera souvent bien préférable pour un père encore dans la force de l'âge et ayant de grands enfants aptes à le seconder, de les associer à l'exploitation par le moyen d'une société, plutôt que d'effectuer à leur profit une cession de bail qui le dépouillerait de tous droits.

Aussi le Tribunal paritaire d'arrondissement de Pontoise dans son jugement précité du 30 novembre 1950 a-t-il entrepris de réformer la décision du Tribunal paritaire cantonal de l'Isle-Adam. Mais au lieu de valider l'apport effectué au profit de la société formée entre le père et le fils en se fondant sur le fait qu'une cession de bail était possible entre ces personnes, il a préféré considérer que dans l'espèce qui lui était soumise l'apport ne constituait pas une cession de bail parce qu'il portait seulement sur la jouissance des biens loués. Et développant une thèse subtile mais très fragile, il considéra que la jouissance n'étant qu'un des droits du preneur et figurant à côté du droit de préemption et du droit au renouvellement, le simple apport de la jouissance n'équivalait pas à une cession de bail et devait partant être considéré comme valable. Cette solution apparaît éminemment discutable. Sans doute peut-on concevoir une variété d'apport de bail correspondant à la cession et une autre variété correspondant à la sous-location (5), mais comme la sous-location est interdite au fermier au même titre que la cession de son bail, la référence à cette distinction n'était en l'espèce de nul secours et l'apport ne pouvait être validé sur ce terrain (6).

Dans sa note sous le jugement analysé, M. Savatier considère que dans ce litige on devait admettre la possibilité de l'apport en se fondant sur le fait que si la société en nom collectif est une personne morale, « cette personnalité n'est pas complète-

205. — (5) Cf. *supra* n° 110.

(6) Aussi ne doit-on pas s'étonner que le jugement du Tribunal paritaire d'arrondissement de Pontoise ait été cassé par la Section sociale de la Cour de Cassation (arrêt du 13 novembre 1952, D. 1953, J. 267).

ment dégagée de la personnalité de chacun des associés ». Il semble qu'il y ait eu là en effet un autre argument permettant d'admettre la validité de l'apport dans l'espèce envisagée. Il n'apparaît pas impossible de considérer en l'état actuel de la législation qu'un fermier peut valablement constituer une société de personnes avec un tiers quelconque (et *a fortiori* avec un membre de sa famille) et faire apport à cette société de son droit au bail. En effet, comme le remarque M. Savatier, un tel apport ne peut causer au bailleur aucun préjudice puisque, bien loin de perdre son débiteur, il le conserve et en acquiert deux nouveaux : la société et le tiers associé. Mais il n'est pas certain que la jurisprudence s'établira dans un sens aussi libéral puisqu'elle a toujours tendance à étendre à l'apport en société les interdictions de cessions de baux. Aussi est-il sans doute plus conforme au droit positif de ne pas reconnaître la validité de l'apport d'un bail rural sans l'accord du bailleur, même au profit d'une société de personnes, sauf si cette société constitue une société de famille.

Toutefois lorsque le fermier désire constituer une société avec des tiers en faisant apport de son bail rural, il peut effectuer cet apport lorsque la société constituée est une coopérative de culture ou une association en participation. En ce qui concerne les *coopératives de culture,* la loi du 13 avril 1946 a en effet ajouté un article 25 bis à l'ordonnance du 17 octobre 1945 et cette disposition nouvelle prévoit que le fermier, autorisé par son bailleur ou par le tribunal paritaire à entrer dans une coopérative de culture, fait apport à cette coopérative des droits qu'il tient de son bail. Il y a donc substitution de la coopérative au fermier dans les relations avec le bailleur : ainsi c'est la coopérative qui bénéficiera du droit de préemption et du droit au renouvellement. Il s'agit là d'un véritable apport, mais il présente ce caractère extrêmement curieux d'être automatique : l'adhésion à la coopérative implique, obligatoirement semble-t-il, l'apport du bail rural. Cet apport peut du reste être complété par d'autres apports, en numéraire ou en nature, par exemple un apport de cheptel (7).

Mais cette dérogation légale concernant les coopératives de culture peut apparaître insuffisante, car si l'on s'en tient là on ne peut permettre au fermier de s'associer un bailleur de fonds, ce qui pourtant serait souvent profitable pour lui. Aussi doit-on admettre que si le fermier constitue avec un bailleur de fonds une *société en participation,* à laquelle est fait apport du bail rural, cet apport sera considéré comme valable : en effet le preneur à bail reste seul engagé à l'égard du propriétaire du domaine et exerce seul la profession de cultivateur (8). Comme

205. — (7) De Juglart, *L'exploitation rurale,* n° 86.

(8) R. Savatier, *La législation nouvelle des baux ruraux,* n° 55.

par ailleurs l'apport ne saurait équivaloir dans ce cas à une cession puisque la société en participation n'a pas la personnalité morale, il ne saurait tomber sous le coup de la prohibition de l'article 25 de l'ordonnance de 1945. Le propriétaire du domaine n'est en rien lésé par l'opération d'apport en cette hypothèse, puisque la responsabilité du bailleur de fonds n'est nullement substituée à son égard à celle du preneur.

206. — Il existe en matière de *bail de locaux à usage d'habitation,* une disposition analogue à celle qui vient d'être relevée en matière de baux ruraux. C'est l'article 78 de la loi du 1er septembre 1948 qui, apportant une nouvelle dérogation à l'article 1717 du Code civil, édicte que « le preneur n'a le droit ni de sous-louer, ni de céder son bail sauf clause contraire du bail ou accord du bailleur ». Là encore il faut étendre une telle disposition visant les cessions et sous-locations à l'apport en société. La jurisprudence est sur ce point plus rare qu'en matière d'apport de bail de locaux commerciaux : l'apport du bail de locaux à usage d'habitation est en effet moins fréquent, mais à partir de certaines décisions assimilant l'apport du bail à une cession de bail au regard de l'article 1690 du Code civil (1), on peut induire un principe permettant d'étendre à l'apport, lorsqu'il est effectué au profit d'une société ayant la personnalité morale, la disposition précitée de la loi de 1948. L'apport du bail d'un local à usage d'habitation sera donc subordonné soit à l'existence d'une clause du contrat de bail permettant la cession, chose rare en pratique, soit à l'autorisation du bailleur. L'apport fait en violation de ces règles non seulement serait inopposable au bailleur mais encore constituerait un abus de jouissance dont le bailleur pourrait éventuellement se prévaloir.

Les droits du bailleur sont ainsi assez énergiquement sauvegardés lorsqu'un apport en société risque de leur porter atteinte. Comme le droit au bail tend en matière commerciale à prendre une valeur uniquement patrimoniale, alors qu'en matière de baux ruraux ou de locaux à usage d'habitation il tend au contraire à prendre le caractère d'un droit strictement personnel au bailleur et à sa famille, son apport largement facilité dans la première hypothèse est au contraire strictement limité dans la seconde. Et la tendance qu'a le législateur moderne d'enserrer dans une réglementation complexe et d'ordre public la matière des baux n'a pas eu seulement des répercussions sur l'apport du *droit au bail,* mais également sur les conditions dans lesquelles le *bien loué* peut être apporté en société.

206. — (1) Cass. soc. 2 déc. 1948, *Rev. Loy.* 1949, 47; Cass. civ. 19 oct. 1949, *Rev. Loy.* 1950, 23.

II. — La protection du locataire en cas d'apport par le propriétaire du bien donné a bail.

207. — Lorsqu'un bien est donné à bail à un locataire, celui-ci ne risque pas en principe d'être lésé par une opération d'apport effectuée ultérieurement par le propriétaire. L'article 1743 du Code civil stipule en effet que si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. Les lois successives intervenues en matière de baux au profit des occupants de bonne foi permettent même souvent au locataire verbal d'opposer ses droits à l'acquéreur. Toutes ces dispositions sont applicables en matière d'apport : la société à laquelle est fait apport d'un immeuble loué devra respecter les droits du locataire et cette mesure est considérée comme protégeant suffisamment le preneur qui n'a normalement aucun droit à attaquer l'apport. Le propriétaire est donc libre d'apporter le bien loué et cet apport peut être effectué en propriété ou en jouissance : la location n'empêche pas en effet ce dernier apport, mais la jouissance dont profite la société consistera, tant que le locataire occupera les lieux, dans le simple encaissement des loyers.

Toutefois on peut concevoir qu'un propriétaire après avoir loué un immeuble en fasse apport en jouissance au profit d'une société avant que le locataire n'ait pris possession des lieux : si la société bénéficiaire occupe la première l'immeuble, la situation se règlera comme dans l'hypothèse où le même local a été loué pour une période identique à deux personnes différentes. Lorsque la société aura occupé les lieux de bonne foi, le bail antérieurement consenti lui sera inopposable car il n'est pas soumis à publicité. Mais le plus souvent l'apport ainsi intervenu cachera une fraude et s'il réussit à prouver la mauvaise foi des co-associés de l'apporteur ou des représentants de la société, le locataire ainsi lésé pourra invoquer la règle « *Fraus omnia corrumpit* » et obtenir l'exécution de son bail.

Ce conflit entre la société et le locataire de l'apporteur ne peut exister qu'en cas d'apport en jouissance : dans ce cas seulement en effet la société et le locataire ont été investis de droits analogues. Lorsque l'apport est un apport en propriété, la société est dans la situation d'un acquéreur donc d'un ayant cause de l'apporteur et doit comme cela a été indiqué au début de ce développement respecter le bail antérieurement conclu par l'apporteur. Elle doit respecter ce bail, même si le locataire n'a pas encore occupé les locaux L'on doit toutefois exiger dans cette hypothèse que le bail soit authentique ou ait date certaine. Si le bail était verbal, le locataire n'ayant pas encore pris possession des lieux ne peut dès lors invoquer la législation spéciale établie en faveur des occupants de bonne foi ; la société au profit de

laquelle l'apport de la propriété de l'immeuble loué a été effectué et qui a pris possession des lieux de bonne foi, ne pourra, malgré l'existence du bail verbal antérieur, être attaquée par le locataire dont les droits seront dans ce cas sacrifiés.

208. — Mais un simple maintien des droits du locatare en cas d'aliénation de l'immeuble à pu paraître insuffisant En effet le locataire désire souvent acquérir le bien qu'il occupe et lorsque son intérêt a paru particulièrement digne d'être protégé, le législateur lui a accordé un *droit de préemption,* qui lui permet d'être préféré aux autres acquéreurs. Le droit de préemption au profit du locataire n'existe jusqu'à présent qu'en matière de baux ruraux. La question de savoir s'il peut être exercé en cas d'apport en société s'est rapidement posée.

Dans l'ordonnance du 17 octobre 1945 le législateur avait décidé que le droit de préemption du fermier s'exercerait lorsque le propriétaire du domaine donné à bail décidait *de vendre* son bien (1). Or quand, quelques mois plus tard, l'ordonnance de 1945 fut modifiée par la loi du 14 avril 1946, le mot « vendre » fut remplacé par l'expression « aliéner à titre onéreux ». Déjà certains commentateurs de l'ordonnance de 1945 avaient considéré qu'il convenait d'entendre l'expression « vendre » dans un sens large et de faire jouer le droit de préemption dans l'hypothèse d'un apport en société (2). A plus forte raison la substitution de terme opérée par la loi du 14 avril 1946 devait-elle conduire à considérer que l'intention du législateur était manifestement l'extension à l'échange et à l'apport des règles du droit de préemption.

Cette intention ressort du reste très explicitement, comme le fait remarquer M. Esmein dans son commentaire de la loi de 1946 (3), du rapport qui a précédé l'adoption de cette loi. Aussi quelques auteurs (4) désireux de respecter scrupuleusement la volonté du législateur considèrent-ils que tout au moins depuis 1946 l'apport en société est soumis au droit de préemption du fermier. Mais comme le souligne très justement M. Esmein cette extension du droit de préemption à toutes les aliénations à titre onéreux ne peut en pratique que rester lettre morte. Car le fermier ne peut forcer le propriétaire à transformer en vente son projet d'échange ou d'apport en société et par ailleurs en cas d'apport en société, il sera presque toujours dans l'impossibilité de fournir au propriétaire, des parts sociales offrant

208. — (1) Art. 1 ancien, ordonnance du 17 octobre 1945.

(2) H. Desbois, *Commentaire de l'ordonnance du 17 octobre 1945,* D. 1946, Leg. p. 116, colonne 1.

(3) *Gaz. Pal.* 1946.I. Doctr. p. 89, 2e colonne.

(4) Delobel, Marie-Cardine et Fortin, *Le nouveau régime des baux ruraux et des aliénations de biens ruraux,* nos 390 et s.

exactement les mêmes avantages que ceux escomptés par ce propriétaire en contre-partie de l'apport. Si l'on voulait donner une portée pratique à l'application décidée par le législateur du droit de préemption à toutes les aliénations à titre onéreux, il faudrait interdire l'échange et l'apport en société d'un domaine affermé, chaque fois que le fermier s'y oppose. Or il est à peu près certain que le législateur n'a pas désiré cette conséquence extrême. Il a souhaité seulement donner au fermier un droit de préférence en cas d'aliénation, mais à condition que ce fermier fournisse au bailleur une contre-prestation identique à celle qu'offre la personne au profit de laquelle le bailleur se dispose à aliéner le bien.

L'exercice du droit de préemption par le bailleur, sur ce fondement, apparaît ainsi comme n'étant pas inconcevable en cas d'apport en société, mais comme étant dans ce cas d'application peu pratique : lorsque l'apport est effectué au profit d'une société déjà existante, si le fermier possède des parts sociales ou des actions de cette société, ou s'il a la possibilité de s'en procurer, il pourra offrir au bailleur de lui céder ces parts sociales ou ces actions et l'exercice du droit de préemption sera possible. Mais dans l'immense majorité des cas, le fermier ne pourra pas procurer au bailleur une contre-prestation identique à celle promise par la société, et le droit de préemption sera ainsi exclu en pratique de la matière de l'apport en société.

209. — C'est la conclusion à laquelle aboutissent la plupart des auteurs (1) et cette solution trouve un appui particulièrement important dans un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1949 (2) qui a décidé que « l'échange des biens ruraux, dès lors qu'il est accompli sans fraude, échappe au droit de préemption, le preneur en place ne pouvant dans ce cas et faute de contre-partie, offrir au bailleur le bien rural déterminé que celui-ci désire acquérir ». Il est permis à partir de cet arrêt de considérer que, si la Cour de cassation avait à statuer non plus en matière d'échange mais en matière d'apport en société du bien rural affermé, la solution donnée serait identique. En effet les motifs que la haute juridiction a fait valoir pour refuser l'application du droit de préemption en matière d'échange peuvent être transposés en matière d'apport en société, puisqu'en

209. — (1) R. SAVATIER, *Manuel des baux ruraux*, n° 88; R. SAVATIER, note au D. 1949, J. 477, en particulier p. 478 *in fine*; OURLIAC et DE JUGLART, *Fermage et métayage*, n° 89; OURLIAC et DE JUGLART, note au J.C.P. 1949.II.4973. — *Contra* : H. GOUGELOT, *Les conditions de constitution de sociétés pour l'exploitation d'immeubles ruraux*, J.C.P. 1947.I.615 (Ed. N); H.-D. COSNARD, *L'irréductible droit agricole*, Thèse (ronéotypée) Paris 1949, p. 116.

(2) Cass. soc., 13 mai 1949, D. 1949, J. 477, note SAVATIER, J.C.P. 1949.II.4973, note OURLIAC et DE JUGLART.

règle générale dans cette dernière hypothèse également le preneur ne peut offrir à son bailleur la même contre-partie que celle qui est promise à celui-ci par la société.

Le cas de fraude est bien entendu réservé : en effet l'apport peut constituer une manœuvre destinée à faire échec au droit de préemption du preneur : il pourra en être ainsi par exemple lorsque l'apporteur cèdera rapidement ses parts à l'un de ses coassociés, ou lorsque la société sera dissoute peu de temps après sa création, avec attribution du fonds rural à un associé autre que l'apporteur. Dans ces hypothèses, les tribunaux auront la posibilité de prononcer l'annulation de l'apport s'ils décèlent un caractère frauduleux dans cette opération.

210. — L'établissement du droit de préemption au profit du fermier a posé un autre problème en matière d'apport en société: il s'agissait de savoir si après exercice du droit de préemption, le fermier devenu propriétaire du bien pouvait en faire apport à une société constituée avec un bailleur de fonds, ayant fourni les sommes nécessaires à l'acquisition. En effet il arrivera souvent qu'un fermier ne puisse pas exercer son droit de préemption parce qu'il ne dispose pas des sommes nécessaires pour payer le prix du domaine rural. S'il trouve un bailleur de fonds, celui-ci pourra demander, en contre-partie de l'avance des capitaux, la constitution d'une société entre lui et le fermier, avec apport par celui-ci du bien rural : la situation d'associé sera en effet souvent préférable pour ce bailleur de fonds à celle de prêteur.

L'apport du bien qui vient d'être acquis par exercice du droit de préemption semble parfaitement licite (1) et le précédent propriétaire n'aurait aucun motif de se plaindre, en l'absence de toute fraude caractérisée. La validité de cet apport apparaît en effet comme nécessaire pour que la protection des intérêts du fermier par le droit de préemption ne reste pas lettre morte, puisque, comme cela vient d'être indiqué, c'est très souvent en offrant à ses bailleurs de fonds la constitution d'une société, que le fermier obtiendra le plus facilement les capitaux nécessaires à l'acquisition du domaine.

211. — Mais si le fermier peut librement apporter le domaine acquis après exercice du droit de préemption, doit-on reconnaître la même liberté au propriétaire qui vient d'évincer le fermier par l'exercice du droit de reprise ? En effet le propriétaire qui a exercé la reprise doit, aux termes de l'article 33, alinéa 5, du statut du fermage exploiter le fonds personnellement

210. — (1) En ce sens H. GOUGELOT, article précité, J.C.P. 1947.I.615 (Ed. N.).

soit à titre individuel, soit comme membre d'une coopérative de culture, pendant au moins neuf ans. On doit semble-t-il interpréter ce texte en considérant que pendant les neuf années qui suivent l'exercice du droit de reprise, le propriétaire ne peut pas faire apport du domaine à une société constituée pour exploiter ce bien (1), sauf si cette société est une coopérative de culture puisque le législateur a expressément réservé ce cas. Cependant l'on doit reconnaître au propriétaire qui a exercé son droit de reprise la possibilité de constituer avec un bailleur de fonds une société en participation dont le propriétaire du bien rural deviendrait gérant (2). La constitution d'une telle société, à laquelle il est fait apport du domaine rural, n'emporte pas en effet aliénation de ce domaine puisque ladite société n'a pas la personnalité morale. De plus puisqu'il s'agit d'une société occulte, le locataire évincé ne serait pas fondé à s'en prévaloir. Mais dans toutes les autres hypothèses le fermier contre lequel a été exercé le droit de reprise sera en droit de critiquer l'apport du domaine. Il pourra demander sa réintégration dans les lieux ou tout au moins obtenir des dommages-intérêts.

212. — La protection des intérêts du fermier en cas d'aliénation à titre onéreux opérée par le propriétaire a fait ainsi l'objet des préoccupations du législateur. Toutefois comme cela a été indiqué, malgré la sollicitude de la loi, le fermier sera souvent dans l'impossibilité d'exercer son droit de préemption, lorsque le propriétaire fera apport en société de son bien. Un problème analogue se pose, dans le cas où en l'absence d'un droit de préemption légal, le locataire, désireux de se rendre acquéreur du bien loué en cas d'aliénation de ce bien, a fait insérer à son profit parmi les clauses du bail un *pacte de préférence*.

Cette clause aboutit à conférer au locataire une sorte de droit de préemption conventionnel, et non plus légal comme dans l'hypothèse précédemment étudiée. Elle était assez fréquente en matière de baux ruraux, mais l'institution du droit de préemption, lui a fait perdre presque tout intérêt en ce domaine : elle garde au contraire sa valeur et sa portée en matière d'immeubles à usage d'habitation ou à destination commerciale. La question se pose donc, lorsqu'un locataire bénéficie d'un pacte de préférence, de savoir si ce locataire est fondé à réclamer l'application dudit pacte en cas d'apport en société du bien par le propriétaire. La jurisprudence a dans des

211. — (1) OURLIAC et DE JUGLART, *Fermage et métayage*, 2e éd., p. 93, note 2; — Rep. minist. 3 septembre 1947, *J. O.* 1947, Débats, p. 4854. Réponse n° 2932.

(2) *J.-Cl. civil*, art. 1763-1778, fasc. G., n° 173.

arrêts récents (1) refusé avec netteté de faire jouer le pacte dans l'hypothèse d'un apport en société. Deux arguments ont été invoqués à l'appui de cette solution et ils sont particulièrement probants :

a) En concluant un pacte de préférence au bénéfice de son locataire, le propriétaire aliène une partie de sa liberté contractuelle ; dès lors cette diminution apportée à sa liberté doit être aussi limitée que possible et le pacte de préférence doit *s'interpréter restrictivement*. Par conséquent comme dans leur immense majorité les pactes de préférence prévoient seulement l'hypothèse d'une vente, on ne saurait alors étendre leur application à des hypothèses d'aliénations à titre onéreux voisines de la vente, mais nettement distinctes, comme l'apport en société ou l'échange. C'est sur cet argument de l'interprétation restrictive du pacte de préférence que s'est fondée la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mars 1951 pour écarter en matière d'apport l'application d'un pacte de cette nature qui prévoyait uniquement le cas de vente.

b) Mais on peut également faire valoir un second argument contre l'extension du pacte de préférence à l'hypothèse de l'apport et ce second argument est précisément celui qui a été indiqué précédemment pour écarter l'application du droit de préemption en matière d'apport de bien rural affermé. En effet le pacte de préférence prévoit généralement que le locataire pour acquérir l'immeuble s'engage à fournir une prestation équivalant à celle qui sera proposée par un autre acquéreur éventuel. Or en cas d'échange et d'apport en société le locataire ne pourra pas offrir au propriétaire la même contre-prestation que celle offerte par le co-échangiste ou que celle attendue de l'entrée en société. C'est dans l'impossibilité où se trouve le titulaire du pacte de préférence de fournir l'équivalent que résidera l'échec de sa demande, s'il prétend s'opposer à l'apport (2). Et cet argument semble encore préférable à celui tiré d'une interprétation restrictive du pacte de préférence : il permet en effet d'écarter l'application de ce pacte en matière d'apport en société, alors même que le pacte au lieu de viser seulement le cas de la vente stipulerait qu'il est applicable à toute aliénation à titre onéreux.

Le remplacement du prix en matière d'apport en société par l'attribution de droits sociaux a donc pour conséquence que les pactes de préférence pas plus que le droit de préemption ne recevront application lorsque le propriétaire du bien en fera

212. — (1) Cass. civ., 5 mars 1951, J.C.P. 1951.II.6496, note J.-C. LAURENT; *Rev. trim. dr. com.*, 1951, chr. Rault, p. 766; — Paris, 27 juin 1949, D. 1949, J. 537.

(2) En ce sens : Paris, 27 juin 1949, précité; — Note J.-C. LAURENT précitée, J.C.P. 1951. II. 6496.

apport en société. Mais encore faut-il que les parties ne recourent pas au procédé de l'apport pour faire échec au droit de préférence du locataire. Dans son arrêt précité du 5 mars 1951, la Cour de cassation a relevé expressément que l'apporteur n'avait pas agi en fraude des droits que le locataire tenait du pacte de préférence. Si la fraude avait été décelée, la solution aurait évidemment été tout autre. Bien entendu la sanction de cette fraude sera différente selon que l'apporteur seul est de mauvaise foi ou que ses coassociés sont complices.

Si l'apporteur est seul de mauvaise foi, si par exemple il fait apport de son bien à une société anonyme et cède ses actions dès qu'il en a la possibilité, l'apporteur pourra être condamné à des dommages-intérêts, mais l'apport continuera à produire ses effets et le bien ne rentrera pas dans le patrimoine de l'apporteur pour permettre au locataire d'exercer son droit de préférence. Au contraire si les coassociés ou les représentants de la société avec qui l'apporteur a traité sont complices de la fraude, l'apport sera par application de la maxime « *Fraus omnia corrumpit* » déclaré inopposable au locataire : le bien apporté reviendra dans le patrimoine de l'apporteur au seul profit du locataire qui pourra exercer ses droits et l'acquérir. Mais c'est naturellement au bénéficiaire du pacte qu'il appartiendra de prouver les manœuvres irrégulières dont il a été la victime et cette preuve sera souvent difficile.

En cas d'apport frauduleux la sanction est donc chaque fois que cela est possible le retour du bien apporté dans le patrimoine de l'apporteur de manière à permettre au créancier de l'apporteur, même si ce créancier est simplement le bénéficiaire d'une obligation de faire ou de ne pas faire, d'exercer ses droits. Mais il est des hypothèses où ce retour du bien dans le patrimoine de l'apporteur n'apparaîtra pas comme une mesure adéquate pour sauvegarder les intérêts des créanciers personnels de l'apporteur et où l'on préférera assurer la protection de ces créanciers en les admettant comme créanciers de la société.

§ 2. — L'ADMISSION DES CRÉANCIERS PERSONNELS DE L'APPORTEUR COMME CRÉANCIERS DE LA SOCIÉTÉ

213. — Cette admission des créanciers personnels d'un associé au passif social peut tout d'abord apparaître comme étant pour ces créanciers un moyen de protection subsidiaire par rapport au retour du bien dans le patrimoine de leur débiteur. Dans le cas en effet où ils ont été victimes d'un apport frauduleux, mais où ils n'ont pas pu obtenir la restitution en nature du bien apporté par suite de son aliénation au profit d'un sous-acquéreur de bonne foi, les créanciers auront la

possibilité de demander à la société la restitution en valeur du bien frauduleusement apporté, toutes les fois que les coassociés de l'apporteur ou les représentants de la société auront été complices de la fraude : ils deviendront dans cette hypothèse créanciers de la société.

Mais lorsque l'apport n'a aucun caractère frauduleux, les créanciers d'un apporteur n'acquièrent pas en règle générale de créance contre la société. En effet l'apport se présente le plus souvent comme étant une transmission à titre particulier. Or les créanciers d'une personne ne deviennent pas à moins de convention expresse les créanciers de ses ayants cause à titre particulier. Mais dans une hypothèse l'apport présente le caractère d'une transmission à titre universel : c'est le cas d'*apport-fusion* et il sera nécessaire d'examiner quels sont alors les droits des créanciers de la société qui effectue l'apport, c'est-à-dire de la société absorbée.

A côté de cet apport, transmission à titre universel, qui voit le patrimoine d'une société passer entièrement à une autre société, il y a des cas où l'apport tout en étant à titre particulier porte néanmoins sur un bien tellement essentiel du patrimoine du débiteur que le législateur prend des mesures pour que les intérêts des créanciers soient sauvegardés : c'est le cas en matière d'*apport de fonds de commerce*. Ce bien constituant du reste ce qu'il est convenu d'appeler une « universalité » et quoique cette notion n'ait guère en droit français que des applications fragmentaires, il est normal que l'apport de fonds de commerce, tout en étant une transmission à titre particulier, emprunte certains traits à la transmission à titre universel.

A) La protection des créanciers de l'apporteur d'un fonds de commerce.

214. — En cas de vente d'un fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909 confère aux créanciers chirographaires du propriétaire du fonds une double prérogative : ils peuvent faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix et ils peuvent faire une surenchère s'ils estiment que le fonds a été vendu à un prix trop bas. Ce système ne pouvait être appliqué à l'apport et, en raison de l'absence de prix qui caractérise cette dernière opération, le législateur a été conduit à établir en matière d'apport de fonds de commerce un système radicalement différent de celui qui existe pour la vente. Il a été cependant soutenu (1) que le législateur aurait dû appliquer à l'apport du

214. — (1) A. WAHL, *De l'application aux apports sociaux de la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce*, J. Soc. 1909, p. 292, n° 29.

fonds un système très voisin de celui existant en matière de vente : la société aurait fait au greffe (ou notifié aux créanciers) une déclaration de la valeur de l'apport et elle aurait offert aux créanciers de leur verser un prix correspondant à cette valeur, les créanciers ayant le droit de faire une surenchère si le prix proposé leur paraissait insuffisant. Très justement, semble-t-il, le législateur n'a pas retenu cette suggestion : un tel système aurait imposé la nécessité pour les sociétés de prévoir à côté de l'apport d'un fonds de commerce des apports en numéraire très importants destinés à permettre de désintéresser les créanciers de l'apporteur, alors que dans le système actuel le patrimoine social peut être composé en grande partie par le fonds de commerce, la société ayant la possibilité de désintéresser les créanciers de l'apporteur avec les bénéfices réalisés sur ses opérations commerciales. Le système retenu par le législateur est en effet de rendre la société caution solidaire de l'apporteur au regard des créanciers de celui-ci.

Les créanciers du propriétaire du fonds sont prévenus de l'apport effectué par leur débiteur au moyen de la publicité dont l'étude a fait l'objet d'un précédent développement (2). Dans les dix jours de la deuxième insertion comportant publication de l'apport, les créanciers de l'apporteur doivent faire connaître leurs créances au moyen d'une déclaration au greffe du tribunal de commerce où l'acte de société a été déposé (3). Cette nécessité d'une déclaration ne vise que les créanciers qui ne sont pas inscrits sur le fonds. Les créanciers inscrits ont en effet un droit de suite et conservent leur privilège sans avoir à faire de déclaration en cas d'apport du fonds, mais ils peuvent faire cette déclaration s'ils veulent obtenir que la société devienne caution solidaire de leur débiteur (4).

Lorsque par la déclaration des créanciers, les coassociés de l'apporteur apprennent que le fonds de commerce cédé à la société est grevé d'un passif qui leur paraît trop important, ils peuvent demander au tribunal de prononcer la nullité de l'apport ou de la société (5). Cette annulation doit être demandée dans les quinze jours qui suivent l'expiration du délai de la déclaration des créances : ainsi contenue dans d'étroites limites de temps, elle ne nuit en rien aux créanciers. L'annulation a pour effet de faire rentrer le fonds dans le patrimoine de l'apporteur, et les créanciers personnels de celui-ci se retrouveront ainsi dans la même situation que si l'apport n'avait pas eu lieu. Si les

214. — (2) V. *supra* n° 194.

(3) L. 17 mars 1909, art. 7, § 1, mod. L. 11 mars 1949.

(4) A. Weill, *Apport d'un fonds de commerce en société*, J.-Cl. Sociétés, fasc. 13, nos 200 à 203; Cohen, *Fonds de commerce*, n° 807.

(5) V. Cohen, *op. cit.*, nos 814 et s.

coassociés de l'apporteur n'ont pas demandé l'annulation de l'apport ou de la société dans le délai prévu, la société sera réputée tenue solidairement avec l'apporteur du paiement du passif déclaré. Mais il importe de remarquer que la société ne devient pas codébitrice solidaire de la dette de l'apporteur : elle n'est qu'une caution solidaire légale des engagements pris par l'apporteur (6). Si donc elle ne peut invoquer le bénéfice de discussion, qui est réservé à la caution simple, elle se voit cependant reconnaître le bénéfice de cession d'actions : elle pourra refuser de payer le créancier qui n'a pas conservé au profit de la société les sûretés dans lesquelles elle espérait être subrogée.

La société tenue personnellement du passif déclaré sera susceptible d'être poursuivie sur tous ses biens par les créanciers de l'apporteur qui auront fait connaître leurs créances dans le délai prescrit et ces créanciers, possédant ainsi une action directe contre la société, la conserveront nonobstant la faillite de l'apporteur (7). Les créanciers déclarés deviennent créanciers de la société : ils supporteront les conséquences de cette situation en cas de faillite de la société. Dans cette hypothèse il y aura conflit entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels de l'apporteur. Des principes qui précèdent il convient de conclure que les deux catégories de créanciers devront être traitées sur un pied d'égalité. Si le fonds est vendu, il n'y a pas de raison de payer les créanciers chirographaires de l'apporteur par préférence sur le prix du fonds ; ils viendront sur ce prix en concours avec les autres créanciers sociaux (8). Mais comme par ailleurs ils conservent leur recours contre l'apporteur, leur protection est assurée de façon suffisamment satisfaisante.

Les créanciers de l'apporteur qui n'ont pas déclaré leurs créances dans le délai de dix jours ne deviennent pas créanciers de la société : c'est la conséquence de leur négligence. Toutefois si l'apport de fonds de commerce a été frauduleux et si les associés de l'apporteur ou les représentants de la société se sont rendus complices de la fraude, ces créanciers négligents pourront poursuivre l'annulation de l'apport par la voie de l'action paulienne précédemment étudiée (9). De toute manière ils conservent leur créance contre l'apporteur.

A l'inverse de ce qui se passe pour l'apport de fonds de commerce, dans le cas d'un apport-fusion tout recours contre

214. — (6) HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 116; COHEN, *op. cit.*, n° 815.
(7) A. WEILL, *op. cit.*, n° 283; COHEN, *op. cit.*, n° 815.
(8) LACOUR et BOUTERON, *Dr. com.*, t. I, n° 853; HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, p. 152, note 8.
(9) V. *supra* n° 200.

l'apporteur est par hypothèse exclu puisque l'apporteur disparaît en tant que personne juridique. La situation se présente donc alors sous un aspect fort différent.

B) La protection des créanciers en cas d'apport-fusion.

215. — La pratique connaît plusieurs variétés d'apport-fusion. Les raisonnements qui vont suivre sont établis en fonction de l'hypothèse où une société fait apport de tous ses biens à une autre société déjà existante, mais bien entendu les règles qui vont être dégagées s'appliquent *mutatis mutandis* à l'hypothèse où deux ou plusieurs sociétés existantes font apport de leur patrimoine à une société nouvelle créée pour les englober. D'autre part la société, qui va être absorbée, peut faire apport de son actif net, ou au contraire faire apport de son actif brut, c'est-à-dire mettre à la charge de la société absorbante le paiement du passif.

I. — L'APPORT DE L'ACTIF NET.

216. — Cet apport peut se faire de différentes manières :

a) Avant d'apporter son actif, la société qui va être absorbée réalise une quantité de biens suffisante pour désintéresser totalement ses créanciers. Elle apporte l'excédent. Tout se passe alors comme dans le cas d'une liquidation ordinaire, la seule différence est que le solde actif au lieu d'être partagé entre les associés est apporté à une autre société. Cet apport ne peut en rien nuire aux créanciers qui, par hypothèse, ont été désintéressés. Si certains créanciers avaient été oubliés, ils pourraient demander l'annulation de la fusion car la société absorbée ne pouvait disposer de son actif avant d'avoir complètement acquitté son passif, dès lors que la prise en charge du passif par la société absorbante n'était pas prévue. Mais pour écarter cette demande en nullité formulée par les créanciers, la société absorbante pourrait offrir à ceux-ci de les désintéresser.

b) La société qui va être absorbée peut conserver certains éléments de son actif, espèces, titres, marchandises, pour payer ses créanciers ; elle fait apport des autres éléments à la société absorbante. Cette solution est dangereuse car si la liquidation des éléments conservés par la société absorbée pour payer ses créanciers ne suffit pas à acquitter le passif, les créanciers impayés pourront attaquer la fusion et en demander l'annulation, en vertu du principe affirmé à maintes reprises par la jurisprudence qu'une société en liquidation « ne peut distraire quoi que ce soit de son actif sans s'être entièrement libérée de

ses dettes » (1). Cette règle assure une protection efficace des intérêts des créanciers. Mais elle implique de graves inconvénients pour les sociétés. Aussi celles-ci préféreront-elles le plus souvent faire apport de leur actif brut.

II. — L'APPORT DE L'ACTIF BRUT.

217. — Cet apport est pur et simple lorsqu'il est effectué contre l'attribution exclusive de droits sociaux, par exemple d'actions, et que ces titres sont remis en partie aux associés de la société absorbée et en partie aux créanciers de la même société en paiement de leurs créances. Mais ce procédé ne peut être utilisé que si les créanciers acceptent de manière formelle cette dation en paiement.

Dans la majorité des cas l'apport de l'actif brut sera réalisé en stipulant que la société absorbante assumera les dettes et autres charges grevant l'actif de la société absorbée. L'apport se présente dans cette hypothèse sous la forme d'un apport mixte : il y a apport pur et simple pour la partie de l'actif dont la contre-prestation est constituée par l'attribution de droits sociaux ; il y a apport « à titre onéreux » pour cette autre partie de l'actif dont la contre-prestation consiste en la promesse faite par la société absorbante de payer le passif de la société absorbée. Cet apport réalise ainsi une cession de dettes. Dans quelle mesure cette operation est-elle opposable aux créanciers de la société absorbée ? Si la société absorbée a émis des obligations, l'assemblée générale des obligataires doit être consultée sur l'apport-fusion et si elle refuse de l'accepter les obligataires pourront demander le remboursement anticipé de leurs titres. Mais la loi ne s'est préoccupée que des obligataires et l'on doit se demander comment est assurée la protection des autres créanciers.

En général la fusion par apport d'actif brut ne causera pas de préjudice aux créanciers de la société absorbée puisqu'en devenant créanciers de la société absorbante, ils verront leur gage accru : un préjudice ne leur serait causé qu'au cas où la société absorbante aurait un passif supérieur à son actif. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, ils pourraient demander leur paiement immédiat (1). Autrement il convient de décider que la disparition de la société absorbée n'a pas pour effet de rendre de plein droit exigibles les dettes contractées par cette société (2). Mais pour assurer aux créanciers de la société

216. — (1) Paris, 24 juin 1884, *J. Soc.*, 1885, p. 779. — Cf. également Trib. com. Seine, 7 avril 1884, *J. Soc.*, 1890, p. 401.

217. — (1) RIPERT, *Dr. com.*, n° 1423.

(2) HOUPIN, *De la situation des actionnaires et des créanciers en cas de fusion de sociétés*, *J.* Soc. 1933, p. 461.

absorbée une protection satisfaisante, il semble qu'il faille leur donner un droit d'option et admettre qu'ils peuvent soit refuser de reconnaître l'apport-fusion, soit se prévaloir de cette opération. S'ils n'acceptent pas de ratifier la fusion, ils conservent le droit de se faire payer sur les biens de la société absorbée entrés dans le patrimoine de la société absorbante, sans avoir à subir le concours des créanciers de cette dernière société (3). Ils peuvent en effet continuer à considérer que les biens apportés appartiennent toujours à la société apporteuse et demeurent ainsi leur gage (4).

Mais s'ils le préfèrent, les créanciers de la société absorbée peuvent invoquer la fusion et réclamer la qualité de créanciers de la société absorbante. Ils peuvent tout d'abord invoquer l'obligation personnelle de la société substituée, lorsqu'une clause expresse de l'acte d'apport a prévu l'admission des créanciers de la société absorbée au passif de la société absorbante. Il s'agit là d'une stipulation pour autrui, valable parce qu'elle entre dans les termes de l'article 1121 du Code civil : la société absorbée a en effet stipulé au profit de ses créanciers que la société absorbante acquitterait le passif transmis et cette stipulation est l'accessoire d'une autre stipulation que la société ancienne a fait pour son propre compte (5).

L'admission de la stipulation pour autrui dans cette hypothèse permet aux créanciers de la société apporteuse de devenir créanciers de la société bénéficiaire de l'apport alors même que cet apport ne porterait pas sur la totalité de l'actif de la première société. Bien entendu la stipulation pour autrui doit dans ce cas être expresse. Mais lorsque l'apport concerne la totalité de l'actif d'une société, il y a transmission à titre universel des biens de cette société et les créanciers de la société absorbée peuvent invoquer la qualité de créanciers de la société absorbante en vertu de ce principe général de notre droit que les ayants-cause à titre universel sont tenus, du fait même de la transmission, des dettes de leur auteur. Cette règle entraînera pour la société substituée l'obligation de payer les dettes de la société absorbée, alors même qu'elle ne s'y serait pas expressément engagée, pourvu que l'apport ait concerné l'ensemble du patrimoine de la société ancienne (6).

218. — Dans la majorité des cas lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales, les règles qui viennent d'être dégagées se combinent dans le cas de fusion avec celles prévues pour la protection des créanciers dans le cas d'apport de fonds de commerce. La loi du 17 mars 1909 a en effet une portée extrêmement générale et

217. — (3) HOUPIN, article précité, *J. Soc.* 1933, p. 460.
(4) JOLY, *Dict. soc. anonymes*, V° Fusion, n° 28.
(5) M. PALMADE, note sous Paris, 23 janvier 1912, D.P. 1913.II.217.
(6) PALMADE, note précitée.

s'applique lorsque l'actif de la société absorbée comporte un fonds de commerce. Comme la fusion entraîne apport du fonds de commerce, l'opération doit être portée à la connaissance des créanciers de la société apporteuse suivant les règles établies par l'article 7 de la loi du 17 mars 1909 (modifiée en 1949). Ces créanciers pourront faire la déclaration de leurs créances au greffe du tribunal, mais cette déclaration ne sera pas obligatoire pour la conservation de leurs droits, lorsqu'en vertu des principes de la fusion ils deviennent *ipso facto* créanciers de la société absorbante.

Au contraire cette déclaration retrouve toute son utilité lorsque la société absorbée a réservé certains éléments de son actif pour payer ses créanciers ou a reçu de la société absorbante une somme en espèces à cet effet : dans ce cas les créanciers de la société absorbée, ne devenant pas en règle générale créanciers de la société absorbante, auront la possibilité d'acquérir cette qualité en faisant la déclaration de leurs créances, lorsqu'un fonds de commerce est compris dans l'actif.

Par ailleurs, du fait que l'apport de l'actif avec prise en charge du passif par la société absorbante constitue un apport mixte, il convient de reconnaître aux créanciers de la société absorbée, quand celle-ci est propriétaire d'un fonds de commerce, le droit de faire à la fois une déclaration de leur créance et une opposition puisque l'apport présente dans ce cas en partie le caractère d'un « apport à titre onéreux ». Cette opposition portera non sur le prix, inexistant en l'espèce, mais sur la somme que la société bénéficiaire de l'apport va mettre à la disposition des créanciers de la société apporteuse pour les désintéresser. L'opposition permettra aux créanciers opposants de venir tous au marc le franc, et d'éviter ainsi que la société ne fasse des paiements préférentiels (1). Mais cette opposition ne semble présenter un intérêt réel que quand les créanciers de la société absorbée ne deviennent pas *ipso facto* créanciers de la société absorbante parce que l'apport d'actif brut n'a pas porté sur la totalité des biens de la société absorbée et qu'il n'y a pas eu par ailleurs à leur profit stipulation expresse de la part de la société absorbante de les désintéresser entièrement.

219. — Les créanciers personnels de l'apporteur se voient ainsi reconnaître des droits assez larges leur permettant de poursuivre contre la société bénéficiaire de l'apport le recouvrement de leurs créances. Il est évident que leur action causera souvent un préjudice certain aux créanciers de la société. Diverses mesures ont dû ainsi être prises par ailleurs pour assurer la sauvegarde des intérêts de cette seconde catégorie de créanciers.

218. — (1) JOLY, *Dict. soc. anonymes*, V° Fusion, n° 26.

SECTION III

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS SOCIAUX

220. — Les créanciers sociaux ont pour gage le patrimoine de la société. Or celui-ci est, au moins à l'origine constitué par les apports des associés. Il est donc du plus haut intérêt pour les créanciers sociaux que les apports promis par les associés soient scrupuleusement effectués. Il ne suffit pas en effet que, conformément à la loi, le contrat de société prévoie des apports. Les créanciers sociaux ont connaissance de l'existence de ces apports, du fait qu'ils ont la possibilité de prendre connaissance des statuts. Ils sont donc légitimement en droit de compter sur lesdits apports pour garantir leurs créances.

C'est ainsi en grande partie dans le désir de protéger les créanciers sociaux qu'est exigée pour tout contrat de société l'existence d'apports réels : en effet lorsqu'il y a apport fictif, le bien apporté n'ayant aucune valeur économique, les créanciers de la société sont lésés. L'obligation de verser *en espèces* les apports de numéraire dans les sociétés anonymes, au moins lors de la constitution de la société, se rattache au même souci d'éviter les souscriptions fictives préjudiciables aux créanciers sociaux. Mais ceux-ci ne doivent pas être seulement protégés contre la *fictivité* des apports ; ils doivent être également prémunis contre le *défaut de réalisation* par un associé de son engagement d'effectuer un apport. C'est pour cette raison notamment que le législateur exige, dès la conclusion de l'acte de société, la libération intégrale des parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée, que ces parts représentent des apports en nature ou en numéraire (1). De même les apports en nature doivent être immédiatement réalisés dans les sociétés anonymes (2) et en ce qui concerne les apports de numéraire dans ces sociétés, toute souscription doit être accompagnée au moins du versement du quart du nominal de l'action souscrite (3).

Il est ensuite nécessaire de protéger les créanciers sociaux contre la *surévaluation des apports en nature*, une telle pratique ayant pour effet de leur laisser supposer qu'ils ont un gage beaucoup plus important qu'il ne l'est en réalité. Cette surévaluation apparaît préjudiciable aux créanciers sociaux surtout lorsqu'ils n'ont pas de recours contre les associés au delà de l'apport de ceux-ci, comme c'est le cas dans les sociétés anonymes et à responsabilité limitée.

220. — (1) Loi du 7 mars 1925, art. 7.
(2) Loi du 24 juillet 1867, art. 3, al. 2.
(3) Loi du 24 juillet 1867, art. 1, al. 2.

Mais il ne servirait en rien aux créanciers sociaux que de multiples formalités entourent la réalisation des apports lors de la constitution de la société, si cette dernière pouvait par la suite dilapider son patrimoine notamment par des distributions massives et non contrôlées d'éléments d'actif aux actionnaires. C'est pour cette raison qu'a été instituée la règle de l'*intangibilité du capital social*. Les associés ne peuvent rien recevoir, si ce n'est exceptionnellement un intérêt fixe prélevé sur les frais généraux (4), tant que l'actif n'est pas supérieur au montant du capital, de la réserve légale et des créances existant contre la société. Et en cas de dissolution de la personne morale, les associés ne pourront reprendre leurs apports qu'après complet désintéressement des créanciers sociaux. Certes lorsque la liquidation de la société interviendra par suite de nullité de la personne morale, le droit de préférence des créanciers de la société sur les biens sociaux devrait disparaître mais la grande extension donnée par la jurisprudence à la théorie des sociétés de fait permet ici encore de limiter le plus possible le préjudice que subiront les créanciers sociaux.

221. — La protection des créanciers sociaux est ainsi réalisée par un ensemble de mesures dont pour la plupart l'étude déborde le cadre de la présente section. L'examen du cas des apports fictifs se rattache au problème de la nécessité des apports et a été envisagé précédemment (1). Quant aux droits des créanciers sociaux en cas de liquidation d'une société dissoute ou d'une société de fait, il est nécessaire d'en traiter sous l'angle de la restitution aux associés de leurs apports (2). Seule la question de la surévaluation des apports doit donc être présentement retenue.

Encore s'agit-il d'une question qui intéresse très souvent à la fois les créanciers sociaux et les coassociés de l'apporteur dont le bien a été surévalué. C'est ainsi qu'en instituant dans les sociétés par actions une procédure de vérification des apports en nature, le législateur s'est presque exclusivement préoccupé de protéger les intérêts des apporteurs de numéraire : la vérification des évaluations données aux apports en nature leur est conférée (3). Les tiers sont cependant protégés dans une certaine mesure, du fait que leurs intérêts concordent le plus souvent avec ceux des apporteurs en numéraire. Mais cette protection n'est qu'indirecte ; elle est partant insuffisante. Au contraire dans les sociétés à responsabiltié limitée, la protection des

220. — (4) Sur ce point, v. RIPERT, *Dr. com.*, n° 776.

221. — (1) V. *supra* n^{os} 15 et s.

(2) V. *infra* n^{os} 269 et s.

(3) V. *supra* n° 171.

créanciers sociaux en cas de majoration des apports en nature est assurée de manière plus efficace par une obligation de garantie des associés.

A) Protection des créanciers sociaux contre la surévaluation des apports en nature dans les sociétés par actions.

222. — Lorsque les apports en nature ont été acceptés par la seconde assemblée constitutive, l'évaluation qui leur a été donnée dans les statuts prend un caractère définitif, sauf le cas où la ratification des actionnaires a été obtenue à l'aide de manœuvres dolosives. Dès lors quand la surévaluation des apports en nature n'aura pas été frauduleuse, les créanciers de la société par actions à laquelle ces apports ont été faits n'auront aucun recours le jour où, sur le point de faire vendre le bien envisagé, ils s'apercevront qu'il possède une valeur très inférieure à celle indiquée dans les statuts.

Il en va différemment en cas de majoration frauduleuse des apports, l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ayant expressément réservé cette hypothèse. Ainsi lorsqu'à l'aide de manœuvres dolosives, les apporteurs en nature ou les fondateurs auront fait accepter à l'assemblée constitutive une estimation des apports très supérieure à leur valeur réelle, les créanciers sociaux ne seront pas désarmés. Ils disposent en effet de l'action oblique. Ils peuvent dès lors se prévaloir des droits appartenant à la société et ils ont ainsi la possibilité de demander la nullité de la délibération de l'assemblée constitutive, mais comme cette demande aboutira à faire prononcer la nullité de l'apport ou de la société, elle ne leur apporterait guère de satisfactions puisqu'ils ont généralement intérêt à ce que la société soit considérée comme valable de manière à éviter le concours des créanciers personnels des associés.

Les créanciers sociaux préfèreront donc la plupart du temps intenter une action en dommages-intérêts. Cette action qui était seulement possible autrefois sur le fondement de l'article 1382 trouve aujourd'hui sa source dans le fait que la majoration dolosive des apports en nature constitue dans les sociétés anonymes un délit pénal. Un décret-loi du 31 août 1937 est en effet venu compléter l'article 15 de la loi de 1867 et punir des peines de l'escroquerie « ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle » (1). Dès lors les créanciers sociaux sont fondés à se porter partie civile pour réclamer

222. — (1) Sur le délit de surévaluation frauduleuse des apports en nature, v. H. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, nos 113 et s.; ROUSSELET et PATIN, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, nos 301 et s.

réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de la surévaluation : ils utiliseront à cette fin la voie de l'action oblique et pourraient même agir de leur propre chef en cas d'insolvabilité de la société (2).

Ainsi en matière de surévaluation des apports, le système simplement préventif prévu par la loi de 1867 se double aujourd'hui d'un système répressif en cas de fraude et les intérêts des créanciers sociaux sont sauvegardés dans une certaine mesure. Il n'en demeure pas moins que le système établi dans les sociétés à responsabilité limitée apparaît plus protecteur des intérêts des tiers. Il est vrai qu'il n'est rendu possible que par suite du petit nombre de membres que comptent généralement les sociétés à responsabilité limitée et de l'*intuitus personae* qui préside malgré tout aux rapports entre associés dans les personnes morales de ce type.

B) Protection des créanciers sociaux contre la surévaluation des apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée.

223. — L'article 8 de la loi du 7 mars 1925, après avoir décidé que les apports en nature effectués au profit d'une société à responsabilité limitée devaient être évalués dans l'acte de société, ajoute : « les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature ».

Les créanciers sociaux qui auront été induits en erreur, du fait que le capital de la société n'avait pas la valeur que les associés lui avaient attribuée, disposeront d'un recours beaucoup plus large dans les sociétés à responsabilité limitée que dans les sociétés par actions : ils n'auront pas en effet à prouver que la surévaluation des apports a une origine frauduleuse. Toutefois s'il y a fraude les créanciers de la société à responsabilité limitée disposeront d'une voie de droit supplémentaire car ils pourront se porter partie civile dans l'action pénale susceptible d'être intentée, aux termes de l'article 38 de la loi de 1925, contre les auteurs d'une surévaluation dolosive des apports en nature.

L'article 8 de la loi de 1925 est applicable à toute surévaluation des apports en nature, que ces apports interviennent lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. Certes la loi ne parle que de la constitution de la société, mais la doctrine (1) enseigne que la disposition de l'article 8 doit

222. — (2) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 984.

223. — (1) H. Bosvieux, *De l'augmentation du capital des sociétés à responsabilité limitée*, J. Soc. 1926, p. 321; H. Rousseau, note sous Trib. correct. Lille, 4 janv. 1937, S. 1937.II.134.

recevoir application en cas d'augmentation du capital social et certaines décisions judiciaires peuvent être citées à l'appui de cette opinion (2).

Les créanciers sociaux lésés par la surévaluation ne peuvent pas demander aux membres de la société à responsabilité limitée le paiement de tout le passif social ; ils ne peuvent leur demander au maximum que le montant de la différence entre la valeur réelle des apports et la valeur qui a été attribuée à ceux-ci dans l'acte de société. C'est à cette différence que se limite en effet la surévaluation qui a été préjudiciable aux créanciers. Et la seule question délicate qui se pose est de savoir à quels associés peut être demandé le paiement de cette différence.

224. — Il est certain tout d'abord que la responsabilité ne pèse pas seulement sur les apporteurs des biens surévalués, mais aussi sur leurs coassociés, même s'ils sont simplement apporteurs de numéraire. De plus la bonne foi d'un des coassociés ne fait pas disparaître sa responsabilité au regard de l'article 8 de la loi de 1925. Car même dans ce cas l'associé s'est rendu coupable d'une négligence en laissant inscrire dans les statuts une évaluation manifestement excessive des apports en nature (1).

C'est en effet le fondement délictuel ou quasi-délictuel qui semble le mieux expliquer la responsabilité édictée par l'article 8 de la loi de 1925. Plutôt que de voir dans l'obligation des associés un cautionnement comme l'a fait la Cour de Paris (2), il vaut mieux en faire une obligation légale de garantie (3) mais il est permis d'en rechercher la justification dans l'idée que les associés doivent être présumés en faute du seul fait qu'il y a eu surévaluation, cette présomption étant rendue irréfragable par le législateur de manière à assurer aux créanciers sociaux une parfaite sécurité.

En fonction de cette constatation, il est possible de résoudre une question fort discutée, le problème de savoir si les associés tenus solidairement envers les tiers sont les associés qui ont été parties au contrat de société ou ceux qui sont membres de la société le jour où l'action est intentée. Si en effet on adopte pour la responsabilité de l'article 8 un fondement délictuel, on doit en déduire que seuls les associés originaires seront tenus de garantir l'évaluation des apports en nature. Il apparaît en effet particulièrement irrationnel de tenir pour responsables de la valeur assignée aux apports les associés qui ne sont entrés dans la société que par la voie d'une cession postérieure à la

223. — (2) Trib. correct. Lille, 4 janv. 1937, S. 1937. II. 134.

224. — (1) Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 231.
(2) Paris, 23 décembre 1939, D.C. 1941, J. 45.
(3) Ripert, *Dr. com.*, n° 826.

constitution et qui dès lors ne peuvent se voir reprocher aucune faute, même simplement de négligence (4). Et par ailleurs lorsqu'un associé se retire de la société en cédant ses parts, il ne saurait se prémunir ainsi contre toute action en responsabilité. Une telle cession ne fait, en effet, en rien disparaître la faute dont il est présumé s'être rendu coupable et qui est le fondement de sa responsabilité (5).

225. — L'idée de faute présumée des associés en cas de surévaluation des apports en nature dans une société à responsabilité limitée permet également de déterminer quels associés doivent être considérés comme garants de l'évaluation donnée à ces apports, lorsqu'ils sont effectués au cours de la vie sociale à titre d'augmentation de capital. Il apparaît que seuls les associés ayant donné leur consentement à l'opération d'apport seront responsables en cas de surévaluation.

Si donc la réalisation de l'augmentation de capital s'est faite sans le concours de tous les associés, ceux qui n'auront pas pris part aux délibérations nécessitées par cette augmentation, et à plus forte raison ceux qui se seront opposés à la décision d'approuver les apports prévus, ne sauraient encourir la responsabilité d'une opération à laquelle ils sont demeurés étrangers ou ont témoigné leur hostilité : en effet ils n'ont en rien coopéré à la faute commise par les autres associés (1).

226. — Les créanciers sociaux disposent ainsi d'un recours efficace contre les associés originaires en cas d'apports surévalués effectués lors de la constitution et d'un recours contre les associés ayant donné leur accord à l'augmentation de capital, lorsque la surévaluation est intervenue à l'égard d'un apport effectué au cours de la vie sociale. Les associés trouveront souvent la responsabilité de l'article 8 bien lourde, d'autant plus qu'il s'agit d'une responsabilité décennale. Pour parvenir à écarter cette responsabilité, ils auraient pu, si les tribunaux ne s'étaient montrés vigilants, user d'un moyen particulièrement commode : la constituion de leur société sous la forme d'une

224. — (4) En ce sens : Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilités limitée*, n° 231; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 372. — *Contra* : Ripert, *Dr. com.*, n° 827 (cet auteur se fonde sur le motif très discutable « qu'à chaque approbation annuelle du bilan, il y a une nouvelle affirmation de la valeur des apports »); D. Veaux, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés*, thèse Rennes 1945, n° 83.

(5) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 231.

225. — (1) H. Bosvieux, *De l'augmentation du capital social des sociétés à responsabilité limitée*, J. Soc. 1926, p. 321; H. Rousseau, note sous Trib. corr. Lille, 4 janv. 1937, S. 1937. II. 134.

société en nom collectif ou d'une société anonyme, puis la transformation de cette personne morale en une société à responsabilité limitée.

Les créanciers sociaux, du moins ceux ayant contracté postérieurement à la transformation, risquaient de se trouver lésés. Pour assurer la protection des intérêts de ces créanciers, quelques auteurs (1) ont estimé qu'il pouvait y avoir dans ce cas application de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* », mais qu'on ne saurait exiger l'évaluation des apports en nature dans l'acte de transformation (2). En effet, selon ces auteurs, une telle évaluation ne se concevrait que lorsqu'il y a des apports à évaluer. Or dans le cas de transformation *stricto sensu*, comme il n'y a pas création d'une société nouvelle, la société transformée conserve la même personnalité et le même patrimoine : il n'y a pas de transmission d'actif d'un cédant à un cessionnaire. Dès lors il ne saurait être question d'apports au moment de la transformation (3).

Cette argumentation est logique : elle n'est pas décisive. Et l'on doit savoir gré à la Cour de cassation de lui avoir préféré une solution prétorienne, audacieuse car elle étend très largement les dispositions de l'article 8 de la loi de 1925, mais qui a l'avantage d'éviter les fraudes et de protéger pleinement les intérêts des créanciers sociaux. Cette solution se trouve dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1936 (4) qui a décidé que « le régime d'une société à responsabilité limitée ne saurait être différent suivant qu'elle existe sous cette forme par transformation d'une société d'autre nature déjà existante ou qu'elle a été constituée telle dès l'origine » et « que notamment dans l'un et l'autre cas les garanties légalement assurées aux tiers et les responsabilités corrélatives des associés, éléments spécifiques de ce genre de sociétés doivent être identiques ».

Il y aura donc lieu d'effectuer l'évaluation de l'actif existant au moment de la transformation de la société anonyme ou en nom collectif en une société à responsabilité limitée. Certes on ne peut méconnaître que cet actif ne constitue pas un apport à proprement parler, mais les avantages pratiques résultant de la solution adoptée par la Cour de cassation justifient très largement l'extension donnée à l'article 8 de la loi de 1925, bien que d'un point de vue étroitement logique une interprétation restrictive de ce texte se fut imposée.

226. — (1) V. notamment P. CORDONNIER, *Faut-il évaluer les apports en nature lorsqu'une société en nom collectif prend la forme « à responsabilité limitée » ?*, J. Soc. 1937, p. 129 et s.

(2) Rappr. Caen 24 janvier 1949, D. 1949, J. 465, note RIPERT.

(3) P. CORDONNIER, *op. cit.*, n° 11; P. PIC, note sous Cass. civ., 17 juin 1936, D.P. 1938.I.9.

(4) D.P. 1938.I.9, note PIC.

227. — Toutefois en étendant ainsi l'obligation de garantir l'évaluation des apports à l'hypothèse de la transformation en société à responsabilité limitée d'une société d'un autre type, la Cour de cassation risquait de rendre presque impossible cette transformation chaque fois que la société primitive était une société anonyme. En effet il n'est pas douteux que le fait pour les actionnaires de devenir après la transformation garants de l'évaluation des « apports » constitue pour eux une augmentation de leurs engagements (1). Or une telle augmentation nécessite l'adhésion individuelle des actionnaires. La transformation de la société ne pourrait donc pas être décidée par une assemblée générale extraordinaire. L'unanimité serait nécessaire.

Pour écarter cette conséquence fort regrettable car l'accord de l'unanimité des actionnaires est chose souvent difficile à obtenir, diverses solutions ont été proposées. La plus rationnelle considère que la transformation peut être décidée par l'assemblée générale statuant à la majorité et que seuls les actionnaires ayant accepté la transformation seront tenus de l'obligation de garantie résultant de l'article 8 de la loi de 1925 (2). C'est à cette solution que l'on est conduit lorsqu'on admet un fondement délictuel à l'obligation de garantie pesant sur les membres des sociétés à responsabilité limitée. Les actionnaires qui se sont abstenus lors du vote sur la transformation de leur société ou qui ont voté contre cette transformation n'auront commis aucune faute si légère soit-elle : c'est à ceux qui acceptent la transformation d'assumer la responsabilité de l'opération.

Cette solution n'est nullement incompatible avec les termes de l'article 8 : celui-ci déclare en effet responsables les associés et non pas tous les associés. Si lors de la constitution, la responsabilité s'étend à l'ensemble des associés, c'est parce que tous participent nécessairement à la constitution et doivent par conséquent être présumés en faute en cas de surévaluation. Il en va différemment lorsque l'opération d'où découle la garantie est une augmentation de capital ou la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée. Il est logique alors de faire assumer la responsabilité de l'évaluation des apports par les seuls associés qui ont accepté cette évaluation.

Pourtant la Cour de cassation s'est orientée dans une autre voie. Dans un arrêt du 28 novembre 1950 (3), elle a implicitement condamné la solution admettant que les actionnaires n'ayant pas voté la transformation ne sont pas soumis à la responsabilité de l'article 8. Mais elle aboutit ainsi à faire

227. — (1) TREILLARD, *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers*, thèse Bordeaux 1951, nos 45 *bis* et s.

(2) LECOMPTE, *De la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée*, J. Soc. 1949, p. 14.

(3) Cass. com., 28 novembre 1950, S. 1951.I.173, note R. HOUIN; D. 1951, J. 109, note G. RIPERT; J.C.P. 1951.II.6341, note BASTIAN.

de la transformation une opération qui entraîne l'augmentation des engagements de tous les actionnaires. Pour écarter la nécessité d'un consentement unanime, la Cour de cassation semble admettre qu'une décision majoritaire suffira dès lors que les « apports » auront été correctement évalués et que les actionnaires n'étant ainsi susceptibles d'encourir aucune responsabilité, leurs engagements ne seront pas augmentés. Cette solution apparait juridiquement très contestable. Elle aboutit en effet à donner aux tribunaux en dehors de tout texte un véritable droit de contrôle sur la régularité de l'opération de transformation quant à la valeur des apports (4), puisque l'on ne saura si l'évaluation des apports a été correcte que le jour où un tribunal, saisi d'une demande tendant à obtenir la nullité de la transformation, exercera son contrôle.

Certes cette solution prétorienne du contrôle judiciaire des apports serait admissible si la décision du tribunal saisi, reconnaissant la validité de la transformation en raison de l'évaluation correcte des apports, était opposable aux tiers. Or il n'en est rien puisqu'une telle décision rendue dans un conflit entre associés n'aura pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers (5). Le contrôle judiciaire des apports n'empêche donc pas la transformation envisagée d'emporter augmentation des engagements des actionnaires et par conséquent cette transformation ne devrait pas pouvoir être légalement décidée à la majorité, dès lors que l'on se refuse à écarter la responsabilité des actionnaires de la minorité.

228. — Pourtant l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1950 a reçu un accueil assez favorable en doctrine et le développement d'un contrôle judiciaire des apports apparait à certains auteurs une tendance heureuse (1). En effet ils voient dans cette solution le moyen de permettre à un mineur d'entrer dans une société à responsabilité limitée à laquelle sont faits des apports en nature. On sait que les incapables trouvent dans ce cas aux termes d'une jurisprudence du reste discutable (2) un obstacle à leur entrée en société dans la responsabilité instituée par l'article 8 de la loi de 1925. Si les apports ont été correctement évalués, le mineur ne courra aucun risque et son adhésion à la société à responsabilité limitée ne saurait subir de restriction. Il suffirait donc que le tribunal contrôle l'évaluation donnée aux apports pour que la participation du mineur non émancipé à la constitution de la société devienne possible (3).

227. — (4) G. RIPERT, note précitée.
(5) R. HOUIN, note précitée.

228. — (1) V. J. RAULT, chronique, *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 79 à 85.
(2) Paris, 29 déc. 1939, D.C. 1941, J. 45, note RIPERT; v. *supra* n° 147.
(3) Trib. civ. Rouen, 12 déc. 1949, D. 1950, J. 289, note RIPERT.

Mais ici encore le simple contrôle judiciaire des apports apparait insuffisant pour écarter la responsabilité du mineur, du fait que la décision de justice n'est pas opposable aux créanciers sociaux qui pourront toujours mettre en cause ultérieurement le mineur en établissant que malgré toutes les précautions qui ont été prises l'évaluation fournie était inexacte. Au contraire l'admission d'un fondement délictuel pour l'obligation de garantie instituée par l'article 8 de la loi de 1925 apporte en ce qui concerne le mineur non émancipé une solution très satisfaisante : la surévaluation suppose une faute, mais cette faute n'a pas été commise par le mineur; c'est le tuteur qui s'est montré négligent en ne s'assurant pas de l'évaluation correcte des apports, c'est donc lui qui doit être déclaré responsable envers les tiers (4).

Toutefois cette solution rigoureuse pour le tuteur peut être atténuée en appliquant le principe admis en jurisprudence (5) et selon lequel lorsque le tuteur a commis des quasi-délits au cours de sa gestion, la responsabilité du mineur devenu majeur est susceptible d'être engagée dans la mesure où ces quasi-délits lui ont profité. On aboutit ainsi à une solution harmonieuse et équilibrée qui fait disparître tout obstacle à l'entrée d'un mineur dans une société à responsabilité limitée puisqu'en tout état de cause sa responsabilité ne pourra être éventuellement engagée que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il a retiré de la majoration des apports en nature.

229. — Pour mettre en œuvre la responsabilité découlant de l'article 8 de la loi de 1925, les créanciers sociaux demanderont au tribunal de constater l'exagération des évaluations figurant dans les statuts et de fixer la somme à verser par les associés au montant de la différence entre ces évaluations et la valeur réelle des apports. Puisque la loi déclare les associés solidaires dans leur obligation de garantie, les créanciers sociaux peuvent réclamer à l'un quelconque des associés la totalité de la somme qui doit être versée du fait de la surévaluation.

Il se pose alors un problème de contribution entre associés. On décide généralement que c'est l'apporteur, dont le bien a été surévalué, qui doit supporter le fardeau définitif de la dette (1). Si donc les autres associés ont été poursuivis par les créanciers sociaux, ils auront une action récursoire contre cet apporteur. Toutefois il peut arriver que l'apporteur du bien surévalué soit

228. — (4) Cf. J. Hybord, *Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée*, thèse Lyon 1931, p. 117. — Rappr. note D.B. sous Trib. civ. Belfort, 26 janvier 1951, J.C.P. 1952.II.6794.

(5) Bastia, 23 janvier 1855, D.P. 1855.II.149.

229. — (1) Ripert, *Dr. com.*, n° 828; Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 232.

insolvable. Dans ce cas la notion de faute reprend ses droits : ce sont les associés qui auront par leur attitude favorisé la surévaluation qui devront supporter la charge définitive de la dette résultant de l'obligation de garantie. Si la faute apparait indivisible, il faudra par application du droit commun de la solidarité répartir cette dette entre les associés solvables *pro parte virili* (2).

Le fait que la charge définitive de la responsabilité des associés en cas de surévaluation des apports en nature dans une société à responsabilité limitée incombe normalement à l'apporteur du bien surévalué implique l'idée que l'apporteur en nature garantit alors dans une certaine mesure envers ses coassociés la valeur qui est donnée à son apport lors de la constitution de la société. Cette garantie par un associé de la valeur de son apport présente un caractère exceptionnel : elle ne se retrouve dans aucun autre type de société ; elle ne se justifie en matière de société à responsabilité limitée que comme corollaire de l'obligation de garantie des associés envers les tiers. Mais l'apporteur de la propriété d'un bien assume et cela d'une manière générale, d'autres obligations de garantie; la garantie d'éviction et la garantie des vices lui incombent comme à un vendeur. Elles figurent au nombre des effets de l'apport.

229. — (2) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1029-24; PIC et BARATIN, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 232; D. VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, thèse Rennes 1945, n° 84. — *Contra* : DESBOIS, *Les apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée*, Rev. crit. 1929, p. 311; RIPERT, *Dr. com.*, n° 828. Ces deux derniers auteurs considèrent que la répartition entre les associés du poids de la condamnation prononcée au profit des créanciers doit se faire proportionnellement au nombre des parts sociales possédées par chaque associé.

TITRE II

Les effets de l'apport

230. — Le but de l'opération d'apport étant de faire entrer dans le patrimoine d'une société une valeur économique utilisable pour l'exploitation sociale, il apparait nécessaire que tous les effets de l'apport concourent à la réalisation de ce but. Mais l'intégration du bien, objet de l'apport, dans le patrimoine social peut être plus ou moins complète et la volonté des parties est souveraine pour décider lors de la conclusion du pacte social quelle sera l'étendue des droits conférés à la société. Les parties peuvent librement décider que le bien qu'elles mettent à la disposition de la société fait l'objet d'un apport en pleine propriété, en usufruit ou en jouissance. Et c'est de cette décision initiale des parties que dépendront les effets de chacun des apports qui seront faits à la société.

L'étude de la nature juridique de l'apport a permis de montrer que dans la majorité des cas l'apport constitue un acte translatif de droits. Son effet principal est alors précisément la transmission à la société du droit sur lequel il porte. Il en est ainsi dans l'hypothèse de l'apport de la propriété d'un bien et également en matière d'apport de créances ou d'apport en usufruit. Mais de tels apports, en même temps qu'ils sont translatifs de droits, sont aussi des actes créateurs d'obligations. L'apporteur se verra obligé d'assumer certaines obligations qui sont les corollaires du transfert. En contre-partie tant de la transmission d'une valeur économique à la société que des obligations connexes, l'apporteur acquerra des droits à la fois dans la société et contre la société. Cette acquisition de droits sociaux par l'apporteur apparait elle aussi comme figurant au nombre des effets de l'apport.

Mais si l'apport se présente ainsi très généralement sous l'aspect d'un acte à la fois translatif de droits et créateur d'obligations, il n'en est pas toujours ainsi. Dans certaines hypothèses, la société n'acquiert qu'un simple droit de créance contre l'apporteur; c'est ce qui se passe en matière d'apport en indus-

trie (1). Il n'y a alors nul transfert à la société d'un droit préexistant et l'acte constitue pour le tout une simple création d'obligations. Une telle hypothèse n'aura donc nulle place dans l'étude des transferts de droits opérés par l'apport. Elle figurera par contre aux côtés des autres variétés d'apport à la fois en ce qui concerne les obligations de l'apporteur et les droits de l'apporteur.

230. — (1) Le cas de l'apport en jouissance est plus complexe. Sur la nature du droit créé par un tel apport, v. *supra* n° 117.

CHAPITRE PREMIER

Transfert de droits opéré par l'apport

231. — Du fait que les parties peuvent librement déterminer les droits qu'elles entendent voir transférer à la société, un certain nombre de difficultés peuvent se faire jour lorsqu'il est simplement indiqué dans le pacte social les biens qui constituent l'objet des apports, aucune indication expresse ne venant préciser si lesdits apports sont effectués en propriété ou en jouissance. A ces difficultés concernant l'étendue des droits conférés à la société, s'en ajoutent parfois d'autres ayant trait à la détermination du moment auquel s'opère le transfert des droits.

SECTION I

ETENDUE DES DROITS CONFÉRÉS PAR L'APPORT, EN CAS DE SILENCE DU PACTE SOCIAL

232. — Le problème de l'étendue des droits conférés par l'apport se pose en termes très différents selon que la société que l'on envisage possède ou non la personnalité morale, les formes que peut revêtir l'apport n'étant pas les mêmes dans les deux cas. Dans les sociétés dotées de la personnalité morale, il s'agira de savoir si, l'apport est effectué en pleine propriété ou si au confraire l'apporteur n'a entendu accorder à la société que l'usufruit ou la jouissance de son bien. Dans les sociétés en participation, l'alternative sera différente : il sera nécessaire de déterminer si les associés ont entendu soit conserver la propriété de leurs apports, soit transférer cette propriété au gérant, soit encore constituer une indivision.

§ 1. — SOCIÉTÉS POSSÉDANT LA PERSONNALITÉ MORALE

233. — Envisageant la question de savoir comment résoudre les difficultés qui s'élèvent à défaut d'indication formelle, dans les statuts, des droits conférés par les apports, la doctrine moderne dominante considère que les tribunaux doivent dans chaque espèce rechercher quelle a été la volonté des parties (1).

C'est à la juridiction saisie d'un litige en cette matière qu'il appartiendra d'examiner les circonstances de fait et de prononcer sa décision en fonction des éléments qu'elle aura relevés. Elle devra notamment prendre en considération les valeurs données aux différents apports et l'importance respective des parts attribuées à chaque associé dans les bénéfices (2).

Cette conception permet d'assurer au maximum la protection de la volonté des parties, puisque c'est par une recherche d'intention que se traduira ici le problème posé par le silence des statuts. Mais il est permis de remarquer qu'une telle recherche se révélera assez aléatoire et que les juges ne pourront pas toujours trouver dans la cause les éléments nécessaires pour se prononcer en toute certitude. Aussi un certain courant doctrinal et jurisprudentiel s'était-il dessiné au cours du XIX[e] siècle en faveur de l'admission de présomptions destinées soit à guider la recherche d'intention à laquelle doit se livrer le juge, soit même à supprimer cette recherche d'intention.

Mais l'accord ne s'est pas fait au sujet des présomptions qui devaient être posées. Une première opinion considérait qu'en cas de silence du pacte social, l'apport devait être réputé « fait à titre de propriété » (3); une autre estimait que, dans le cas où l'un des associés n'apportait que son industrie, les biens apportés par les autres associés devaient à défaut de stipulation contraire être présumés apportés en jouissance (4). Devant les contradictions que l'on pouvait ainsi relever chez les partisans d'un système de présomptions, les défenseurs de la thèse du pouvoir souverain du juge du fond avaient toute facilité pour faire triompher leur solution. Ils disposaient du reste

233. — (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, n° 28; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, n° 43; HOUPIN et BOSVIEUX, *Soc.*, t. I, n° 87.

(2) Paris, 9 mai 1900, *J. Soc.*, 1901, p. 64; Nancy, 6 déc. 1932, *J. Soc.*, 1933, p. 558.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *De la société, du prêt et du dépôt*, n° 163.

(4) Aix, 15 janvier 1880, *J. Soc.*, 1881, p. 165.

d'un argument de poids dans le principe qu'il n'y a pas de présomption sans texte et ils ne manquèrent pas de l'invoquer (5).

234. — Il ne semble pas pourtant que cet argument soit absolument convaincant. Certes il n'est pas et ne peut pas être question pour la doctrine d'édicter une présomption légale qui s'imposerait au juge (1). Mais c'est le rôle de la doctrine de suggérer aux tribunaux des règles d'interprétation. Or il semble qu'en cette matière, Baudry-Lacantinerie et Wahl étaient dans le vrai lorsqu'ils écrivaient (2) : « Dire qu'on apporte une chose, c'est dire qu'on en apporte la propriété, car la propriété d'une chose se confond on le sait avec la chose elle-même ». L'apport en propriété est la situation normale, celle que l'on rencontre le plus habituellement dans les statuts des sociétés. L'apport en usufruit ou en jouissance apparait au contraire comme une simple faculté reconnue à l'apporteur de participer à des opérations sociales tout en limitant considérablement les risques qu'il court.

Mais si l'apport en jouissance apparait particulièrement avantageux pour l'apporteur, il est au contraire susceptible d'être très préjudiciable aux créanciers de la société, puisque ceux-ci ne pourront pas alors faire vendre le bien mis par l'apporteur à la disposition de la société. Du moins est-il logique qu'ils soient prévenus du fait que tel bien exploité par la société n'a été en réalité apporté qu'en jouissance. Or en cas d'imprécision du pacte social, si l'on se réfère à un pur système d'interprétation par le juge de la volonté des parties en ce qui concerne l'étendue des droits possédés par la société sur les biens apportés, les tiers resteront dans l'incertitude jusqu'au jour où le tribunal aura été amené à se prononcer. Et si le tribunal se prononce en considérant que l'apport a été effectué en jouissance, il peut en résulter des conséquences fâcheuses pour les créanciers sociaux. Du fait que la réserve de propriété existant au profit de l'apporteur en cas d'apport en jouissance ou en usufruit apparaît comme un renseignement de la plus haute utilité pour les tiers, une telle réserve de propriété ne devrait pas pouvoir leur être opposée si elle n'a pas été expressément prévue par les statuts et mentionnée lors de la publicité donnée à ceux-ci.

A défaut de stipulation contraire l'apport doit donc être réputé, à l'égard des tiers, avoir été effectué en propriété. Au

233. — (5) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 43.

234. — (1) Sur ce point on peut seulement regretter qu'à la différence de ce qui existait dans certains Codes étrangers (ancien Code com. italien, art. 82; ancien Code com. roumain, art. 83) le droit français ne comporte pas de dispositions prévoyant qu'en l'absence de stipulation contraire les biens apportés deviennent la propriété de la société.

(2) *Op. et loc. cit.*

contraire en ce qui concerne les rapports entre associés, il semble que l'on puisse de manière satisfaisante s'en référer à l'interprétation pure et simple de la volonté des parties pour déterminer si l'apport a concerné la propriété, l'usufruit ou la jouissance du bien qui en a été l'objet.

Le même souci de réaliser en matière d'apports une exacte interprétation de la volonté des parties tout en assurant une protection satisfaisante des intérêts des tiers doit se retrouver lorsque l'apport est effectué au profit d'une société en participation : mais dans cette hypothèse il n'existe pas de créanciers sociaux et les tiers dont les intérêts devront être protégés sont les personnes ayant contracté avec le gérant de la participation.

§ 2. — SOCIÉTÉS EN PARTICIPATION

235. — Comme il n'est pas nécessaire en matière de sociétés en participation que pour la validité de la convention, l'accord de volontés des parties soit constaté par écrit, des difficultés plus fréquentes qu'en matière de sociétés dotées de la personnalité morale s'élèveront sur le point de savoir quelles modalités les participants ont adoptées en ce qui concerne leur apports. Mais ici les concepts d'apport en propriété, en usufruit ou en jouissance ne rendent plus compte de la réalité. Et le problème qui se pose est de savoir si les participants sont demeurés propriétaires de leurs apports ou s'ils ont au contraire transféré leurs droits sur ces biens, non pas à un patrimoine social inexistant en l'espèce, mais, suivant les cas, au gérant ou à une indivision constituée entre les associés.

La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui presque unanimes pour admettre que sauf convention contraire les apports effectués au profit de la société en participation ne deviennent pas l'objet d'une co-propriété entre les associés, mais que chaque participant conserve dans cette hypothèse la propriété de ses apports (1).

La justification qui est donnée de ce sytème du maintien, entre les mains de chaque participant, de la propriété de ses

235. — (1) V. en jurisprudence : Cass. req., 8 juill. 1879, S. 1881.I.317 : « l'association en participation a pour caractère de n'établir entre les participants aucun droit de copropriété sur leurs apports respectifs et de laisser au contraire chacun d'eux propriétaire exclusif de son apport » ; Cass. req. 7 mai 1902, D.P. 1902.I.286; Paris, 15 mai 1914, S. 1915.II.30; Paris, 22 déc. 1933, D.H. 1934, 137; Lyon, 14 oct. 1946, J.C.P. 1947.II.3858; Saïgon, 15 janv. 1954, *Gaz. Pal.* 1954. I. 192; — en doctrine : Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1059; Pic, *Soc. com.*, t. III, n° 2033; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 336.

apports apparaît fort pertinente : en effet dit-on dès lors qu'il ne se trouve pas de patrimoine social dans lequel viennent tout naturellement se fondre en une masse commune les apports des associés, on ne peut pas, en l'absence de convention spéciale, admettre qu'il y a copropriété des apports car la renonciation à un droit ne peut se présumer ; or mettre un bien en copropriété, c'est pour une personne renoncer *pro parte* aux droits qu'elle possède sur ce bien (2).

Mais s'il apparaît ainsi nécessaire qu'il existe une convention spéciale pour que chaque participant cesse d'être seul propriétaire de son apport, il n'est pas nécessaire que cette convention soit expresse. Lorsqu'il s'agit d'une société en participation de nature commerciale, ce qui est l'hypothèse normale, tous les moyens de preuve pourront être utilisés pour établir que les parties ont entendu mettre leurs apports en indivision ou transférer la propriété desdits apports au gérant. Il appartiendra aux tribunaux de rechercher dans chaque espèce si les circonstances de la cause permettent de considérer que l'intention des participants lors de la conclusion de leur convention était de faire échec au principe du maintien, au profit de chaque associé, de la propriété de ses apports. Ainsi l'application d'usages commerciaux permettra dans certaines hypothèses aux tribunaux de présumer l'existence d'une copropriété entre les participants (3). De même dans une espèce où l'un des participants avait déclaré transmettre un brevet à l'association en participation dont il faisait partie, il a pu être jugé à bon droit qu'à la suite de cette déclaration le brevet envisagé était devenu la propriété commune des participants (4).

236. — Une difficulté particulière apparaît lorsque l'un des participants gère la société pour le compte de ses coassociés et que dès lors ces derniers remettent au gérant les biens dont ils ont promis de faire apport. La question se pose en effet dans ce cas de savoir si cette remise des apports au gérant entraîne au profit de celui-ci transfert de leur propriété. Il est nécessaire de distinguer entre les différentes catégories de biens.

Si le bien mis à la disposition du gérant est un immeuble, on ne peut admettre le transfert de propriété *inter partes* que si ledit transfert peut être établi selon les modes de preuve du droit civil, c'est-à-dire en pratique s'il a été constaté par une convention écrite ; et vis-à-vis des tiers le participant proprié-

235. — (2) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1060 *bis*.

(3) V. en ce qui concerne le commerce des pierres précieuses, RIPERT, *Dr. com.*, n° 790-3° et Paris, 23 mars 1935, *Gaz. Pal.*, 1935. I. 774.

(4) Cass. req., 27 juin 1894, D.P. 1895.I.166.

taire de l'immeuble ne peut être dessaisi de ses droits sur ce bien que par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi du 23 mars 1855 à l'égard des transmissions immobilières. Des principes analogues doivent être admis si l'apport concerne un meuble incorporel. Mais s'il concerne des meubles corporels, le simple fait que le participant les mette à la disposition du gérant confère à ce dernier des droits fort étendus à leur égard, surtout lorsqu'il s'agit de marchandises à vendre ou de sommes d'argent, ce qui est l'hypothèse courante.

Lorsqu'un participant remet au gérant des *marchandises* destinées à être vendues par celui-ci, on pourrait être fondé à soutenir que, puisque le gérant acquiert le droit de disposer de ces marchandises, la propriété lui en est transférée dès le moment où le participant les lui remet. Ce n'est pourtant pas la solution qui a prévalu en jurisprudence. La Cour de cassation a en effet considéré dans un arrêt du 5 février 1901 (1) qu'un participant qui avait expédié des marchandises à son coparticipant avait conservé la propriété desdites marchandises jusqu'à leur vente : la Cour estima qu'il avait conservé cette propriété non seulement à l'égard du coparticipant, mais aussi à l'égard des créanciers de celui-ci qui ne pouvaient avoir plus de droits que leur débiteur.

L'intérêt de cette solution apparaît immédiatement dans l'hypothèse où le coparticipant à qui les marchandises ont été expédiées est tombé en faillite ou a été mis en état de liquidation judiciaire : c'était le cas dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 5 février 1901 ; et le participant expéditeur des marchandises, étant considéré comme en ayant conservé la propriété, échappa au concours des créanciers chirographaires du liquidé judiciaire. Certes il ne put pas reprendre ses marchandises en nature, car elles avaient été vendues depuis l'ouverture de la liquidation judiciaire, mais du moins devint-il créancier de la masse et non pas créancier dans la masse.

237. — La situation eût été bien entendu fort différente si les marchandises, constituant l'apport du premier participant, avaient été vendues par son coparticipant avant que celui-ci ne soit mis en état de liquidation judiciaire. En effet si la Cour de cassation parvient à la solution qui vient d'être indiquée, c'est par application de l'article 575 du Code de commerce : elle fait entrer la société en participation dans le cadre de cet article en considérant que dans une telle société le participant expéditeur des marchandises entend qu'elles soient vendues pour son compte, sauf règlement à intervenir entre les participants sur les résultats de l'opération.

236. — (1) Cass. civ., 5 février 1901, D.P. 1902.1.41.

Dès lors l'article 575 du Code de commerce doit s'appliquer strictement : le propriétaire des marchandises ne pourra les revendiquer que si elles se retrouvent en nature. Lorsque les marchandises ont été vendues antérieurement à la mise en faillite ou en liquidation judiciaire mais que le prix n'en a pas encore été payé, le participant apporteur des marchandises pourra « revendiquer ce prix » selon l'expression de l'article 575 du Code de commerce, c'est-à-dire se faire payer par l'acquéreur en échappant au concours des créanciers du failli ou du liquidé judiciaire. Mais lorsque le paiement du prix des marchandises est intervenu avant la déclaration de faillite, le participant ancien propriétaire des marchandises perd son droit de revendication. Le prix qui a été versé est venu se fondre dans le patrimoine de l'associé qui a réalisé la vente et l'apporteur des marchandises, n'ayant plus qu'un droit de créance chirographaire, est soumis à la loi du concours (1).

En effet lorsque celui qui gère la participation a vendu les marchandises qui lui ont été remises par ses coparticipants et qu'il rachète avec le prix de vente de nouveaux biens, les participants n'acquièrent aucun droit de propriété sur ces biens, sauf s'il a été convenu que les acquisitions du gérant feraient l'objet d'une indivision entre les membres de la société. Mais à défaut de convention d'indivision, on ne saurait maintenir aux participants un droit de propriété sur les biens achetés par le gérant avec les sommes provenant de la vente des apports qu'ils lui ont remis. En effet ce droit de propriété ne pourrait être justifié que si l'on se trouvait dans une hypothèse de subrogation légale ; mais comme il est permis de le remarquer (2) il ne peut y avoir subrogation légale que dans les cas où un texte précis a admis cette subrogation. Or il n'existe pas de texte de ce genre en matière de société en participation.

238. — La situation que l'on rencontre ainsi lorsque l'apport du participant consiste en marchandises ne se retrouve pas de manière identique lorsque cet apport est constitué par une *somme d'argent* que le participant remet au gérant. En effet une marchandise n'est pas obligatoirement une chose fongible : elle peut conserver une individualité suffisante pour permettre en cas de faillite du gérant une revendication de la part du participant qui est réputé être demeuré propriétaire de cette marchandise, malgré l'apport qu'il en a fait au profit de la société en participation. Au contraire lorsque l'apport d'un participant consiste en une somme d'argent et que cette somme

237. — (1) V. sur ces différents points, les observations signées L. G. sous Cass. civ., 5 févr. 1901, D.P. 1902.I.41.

(2) Bonnecase, *De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation*, Ann. dr. com., 1908, p. 25.

a été versée entre les mains du gérant, la doctrine considère qu'en raison de la fongibilité du bien apporté le gérant en devient propriétaire (1), toujours à défaut de convention d'indivision bien entendu.

La question qui se pose alors est de savoir quels vont être à l'égard du gérant les droits du participant qui a versé son apport en numéraire. Puisque, si l'apport concerne des choses non fongibles, on applique en matière de société en participation les règles du dépôt ou du prêt à usage, en maintenant à l'associé la propriété de ses apports, il semble qu'on doive lorsqu'il s'agit de choses fongibles appliquer les règles du prêt de consommation ou du quasi-usufruit. Perdant la propriété de ses apports en numéraire lorsqu'il les verse au gérant, le participant doit acquérir en contre-partie une créance contre celui-ci. C'est en ce sens que se prononce la majorité de la doctrine (2). Et la jurisprudence a été amenée à consacrer la même solution. Mais elle l'a fait en quelque sorte incidemment car dans les litiges qui ont été soumis aux tribunaux il s'agissait presque toujours de participants mécontents d'être traités en simples créanciers chirographaires et qui auraient voulu échapper à la loi du concours, par exemple en invoquant un prétendu droit de propriété sur certains biens possédés par le gérant.

Dans un arrêt du 22 décembre 1865, la Cour de Paris tout en autorisant un participant à reprendre en nature le matériel et l'outillage mis par lui à la disposition de la participation lui permet seulement par ailleurs de « produire à la faillite pour les sommes dont il peut rester créancier à raison de ses avances » (3). Quelques années plus tard, la Cour de Poitiers (4), rejetant la prétention d'un participant qui voulait se faire reconnaître un droit privatif sur certains éléments du patrimoine du gérant mis en faillite, déclare que le jugement prononçant la faillite « a concentré sous une même sauvegarde et sous un même niveau les droits et les intérêts de tous, sans que le coassocié ou le participant puisse prétendre à d'autres droits que ceux des créanciers ordinaires venant au marc le franc dans la contribution à provenir de la réalisation de cet actif ».

Enfin dans un arrêt de la Chambre civile du 21 février 1911 (5), la Cour de cassation rejetait un pourvoi dirigé contre un arrêt de Cour d'appel décidant qu'une société membre d'une association en participation « n'avait dans la faillite du gérant

238. — (1) Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 726; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 336; Pic, *Soc. com.*, t. III, n° 2036.

(2) Lacour et Bouteron, *loc. cit.*; Pic, *loc. cit.*

(3) Paris, 22 déc. 1865, D.P. 1866.II.23.

(4) Poitiers, 13 juin 1870, D.P. 1870.II.190.

(5) Cass. civ., 21 févr. 1911, D.P. 1912.II.168.

de la participation, pour les sommes par elle versées, d'autres droits que ceux des créanciers personnels, soit dudit gérant, soit de l'association et qu'elle devait venir avec eux par contribution ».

Cette jurisprudence apparaît particulièrement nette. Sauf lorsque le participant peut faire valoir un droit de propriété sur certains biens se trouvant entre les mains du gérant, les tribunaux lui refusent tout droit de préférence par rapport aux créanciers dudit gérant. Du moins le participant se trouve-t-il placé sur pied d'égalité avec ces créanciers : il peut dès lors demander le remboursement des sommes qu'il a versées au gérant mais ne sera, en cas d'insuffisance d'actif, payé qu'au marc le franc.

239. — Une objection pourrait cependant être faite à cette assimilation du participant apporteur de numéraire à un créancier du gérant. Ne doit-on pas en effet reconnaître à la masse des créanciers en cas de faillite du gérant le droit d'opposer à ce participant le principe selon lequel les associés n'ont la possibilité de reprendre leurs mises dans le fonds social qu'après le paiement des créanciers ? MM. Lacour et Bouteron (1) examinent cette objection mais la réfutent à juste titre. En effet, remarquent ces auteurs, « vis-à-vis des créanciers de la faillite, il n'y a pas de fonds social et le coparticipant n'est pas associé ; c'est un créancier comme les autres ». Il est permis de développer cette réfutation en faisant valoir que le droit de préférence reconnu aux créanciers sociaux dans les sociétés possédant la personnalité morale ne s'exerce que par suite de l'existence d'un patrimoine social.

De plus ce droit de préférence permet aux créanciers sociaux de primer non seulement les associés mais encore les créanciers personnels de ceux-ci. Il n'en est pas de même en matière de société en participation. Puisqu'il n'existe pas de fonds social, il n'existe pas de créanciers sociaux. Et les créanciers qui ont contracté avec le gérant dans l'intérêt des affaires de la société en participation ne peuvent se voir reconnaître aucun droit de préférence sur le patrimoine du gérant par rapport aux créanciers que l'on peut appeler les créanciers personnels du gérant, en entendant par cette expression les personnes qui ont passé avec le gérant des contrats complètement étrangers à la société en participation.

Mais si par la force même des choses, les tiers devenus créanciers par suite d'opérations sociales et les créanciers personnels du gérant doivent être traités de la même manière

239. — (1) *Dr. com.*, t. I, n° 726.

en cas de faillite dudit gérant, il paraît impossible de conférer en ce cas des droits moindres aux participants. Si l'on refusait de reconnaître à ceux-ci une créance en restitution des sommes qu'ils ont versées, on les exposerait à se voir primer par les créanciers ayant traité avec le gérant pour le compte de la participation et jusque-là la solution peut se justifier; mais on les exposerait surtout à se voir primer par les créanciers personnels du gérant et ce résultat apparaît inadmissible, car il n'y a aucune raison de permettre à ces créanciers de s'approprier les biens que les sommes versées par les participants ont permis d'acquérir, alors qu'on ne reconnaîtrait à ces participants que des droits d'associés, ce qui, en cas d'insuffisance d'actif, aboutirait à une spoliation que rien ne justifie.

En outre il faut se rappeler que si l'apport du participant avait porté sur un corps certain, cet associé en serait demeuré propriétaire (sauf convention contraire) même après la remise du bien au gérant. Si le droit de propriété du participant disparaît en cas d'apport de somme d'argent c'est uniquement en raison de la fongibilité du bien. Le droit de propriété doit alors être remplacé par un droit de créance. C'est la solution habituelle dans cette éventualité. Si l'on envisage le cas du prêt, on remarque la même dualité d'hypothèses : ou bien le prêt porte sur un corps certain et le prêteur demeure propriétaire ; ou bien le prêt porte sur une chose de genre et le prêteur acquiert alors une créance en restitution. Aussi comprend-on qu'en raison de ces divers arguments la jurisprudence et la majorité de la doctrine aient reconnu au participant les droits d'un créancier pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a versées au gérant.

240. — Pourtant une opinion opposée s'est fait jour récemment et elle mérite d'être examinée tant en raison de l'éminente personnalité des auteurs qui la cautionnent que du fait qu'elle met en lumière un aspect particulier de la question. Dans leur *Traité des sociétés commerciales* (1), MM. Escarra et Rault déclarent en effet : « Les participants dans la mesure où ils sont créanciers du gérant à raison des avances faites ou au titre de participation dans les bénéfices ne peuvent prétendre à aucune distribution tant que les créanciers de la participation n'ont pas été complètement désintéressés ». Et ces auteurs citent à l'appui de leur thèse un arrêt de la Cour de cassation du 17 août 1864 (2).

On doit certes reconnaître que cette décision de la haute juridiction civile ne paraît pas être dans la ligne de la juris-

240. — (1) T. I, n° 497.
(2) Cass. civ., 17 août 1864, D.P. 1865.I.302.

prudence précédemment étudiée qui reconnaît au participant les droits d'un créancier. Mais il est permis en premier lieu de remarquer que l'arrêt envisagé est assez ancien et qu'il remonte notamment à une époque où l'on avait tendance à rapprocher le statut de l'association en participation de celui des sociétés civiles car la personnalité morale de celles-ci était sérieusement mise en doute. Or en matière de société civile, il est certain qu'en vertu notamment des articles 1862 à 1864 du Code civil les créanciers sociaux ont sur les biens de la société un droit de préférence par rapport aux associés. Mais ce droit de préférence est aujourd'hui expliqué par la personnalité morale de la société civile. Il ne peut donc être question de l'étendre aux sociétés en participation.

En second lieu l'examen de l'arrêt du 17 août 1864 révèle qu'il s'agissait en l'espèce d'une hypothèse un peu particulière. Un adjudicataire de travaux publics avait reçu d'un créancier une certaine somme pour financer ses travaux. Ce créancier fit pratiquer une saisie-arrêt sur le montant des sommes dues par l'Etat. Or malgré cette saisie-arrêt intervint un acte par lequel l'adjudicataire des travaux publics attribuait les sommes saisies à deux personnes, qui étaient ses associés en participation. De plus les sommes ainsi attribuées aux participants ne l'étaient pas à titre de restitution de versements mais en tant que représentation de la part de bénéfices leur revenant dans l'entreprise commune. La Cour de Bastia admit la validité de l'attribution des sommes saisies aux participants et débouta le créancier saisissant.

La Cour régulatrice cassa la décision de la Cour d'appel. Et il semble qu'on puisse l'approuver sans pour autant renoncer à considérer que normalement un participant est créancier des sommes qu'il a versées au gérant de la participation. En effet l'acte attribuant diverses sommes aux participants était intervenu après la saisie-arrêt de ces sommes par le créancier : outre le fait que cette circonstance rendait l'acte fort suspect, il semble que par le simple jeu de la saisie-arrêt le créancier saisissant détenait une situation juridique opposable aux participants. Et il faut souligner le fait que ces derniers revendiquaient en l'espèce la part de bénéfices leur revenant à la suite des opérations sociales et non pas le remboursement des sommes versées par eux au gérant à titre d'apport.

241. — Il semble en effet qu'il y ait là deux hypothèses très différentes. Si le participant acquiert un droit de créance en restitution des sommes versées au gérant c'est, comme un développement précédent l'a montré, parce que ledit droit de créance remplace le droit de propriété normalement conservé

par l'associé en participation sur son apport. Est-ce à dire qu'il faille étendre ce droit de créance aux bénéfices revenant aux associés en vertu des opérations se rattachant à la participation ? L'affirmative a été soutenue (1). Mais il semble qu'alors on méconnaisse dangereusement les intérêts des créanciers. Aussi en ce qui concerne le versement des bénéfices aux participants, mais sur ce point seulement, paraît-il nécessaire d'admettre la thèse de MM. Escarra et Rault faisant primer les droits des participants par ceux des créanciers.

On aboutit ainsi à adopter des solutions différentes selon que le participant réclame les sommes versées au gérant à titre d'apport ou au contraire entend obtenir la part de bénéfices qui lui revient à la suite des opérations sociales. Certaines difficultés peuvent apparaître du fait que la participation se traduit généralement par l'établissement d'un compte faisant apparaître un solde, sans qu'il y ait lieu, lorsque ce solde est créditeur, de distinguer entre restitution d'apports et attribution de bénéfices. Mais il semble que ces difficultés ne soient pas insurmontables. Si l'on envisage l'hypothèse où elles risquent de se produire en pratique, c'est-à-dire le cas de faillite du gérant, on peut en effet parvenir à un résultat satisfaisant en commençant par liquider la société en participation de manière à déterminer les droits respectifs du gérant et des autres participants à la suite des opérations sociales.

Cette liquidation fera apparaître à l'égard d'un participant donné un solde créditeur ou débiteur suivant les cas. Lorsque le participant sera créditeur du gérant, il sera nécessaire de distinguer selon que le montant du solde créditeur est inférieur ou supérieur à ses apports : si le solde créditeur est supérieur aux sommes remises par le participant au gérant, le participant ne pourra reprendre à titre de créancier que la valeur de ses apports ; il n'aura pour le surplus que des droits d'associé et sera sur ce point primé par les créanciers du gérant (2). Si le solde créditeur est inférieur aux sommes versées à titre d'apport, le participant ne pourra reprendre la totalité des sommes remises au gérant mais seulement le montant du solde créditeur. En effet pour que le solde créditeur soit inférieur aux apports, il faut qu'il y ait eu des pertes : or l'associé en participation doit supporter une partie des pertes. Il existe alors deux créances

241. — (1) Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 727. — Rappr. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 336.

(2) V. cependant Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1063 *ter* : « Les coparticipants s'inscrivent évidemment dans la faillite ou la liquidation judiciaire du gérant à titre de créanciers et viennent en concours avec les autres créanciers pour le montant des sommes, dont le compte de participation, clos au jour de la faillite, les reconnaîtra créanciers du gérant. »

en sens contraire ; la créance du participant contre le gérant en reprise des apports et la créance du gérant contre le participant en raison des pertes sociales (3).

Cette dernière créance peut être opposée au participant par la masse de la faillite du gérant en vertu de l'article 1166 du Code civil. Dès lors les deux créances se compensent jusqu'à due concurrence et le participant ne peut reprendre que le montant du solde créditeur apparu en sa faveur : du moins reprend-il ce montant à titre de créancier puisqu'il s'agit d'une restitution d'apport et non d'une attribution de bénéfices.

Enfin les pertes de la société en participation peuvent avoir été telles que, malgré les sommes remises par le participant au gérant, la liquidation du compte de ce participant fait apparaître un solde débiteur. Non seulement alors le participant ne pourra pas recouvrer son apport qui a été entièrement absorbé par les pertes, mais il devra par de nouveaux versements faire disparaître le solde débiteur de son compte (4) : les créanciers du gérant disposeront de l'article 1166 pour contraindre le participant à effectuer ces versements supplémentaires.

De même lorsque le participant reprendra à titre de propriétaire les biens, constituant des corps certains, qu'il avait mis à la disposition du gérant, les créanciers de celui-ci pourront du moins utiliser l'article 1166 pour obliger ce participant à supporter une fraction des pertes de la société en versant les sommes dont l'arrêté de compte le reconnaît débiteur.

Il est ainsi possible de parvenir à établir un équilibre satisfaisant entre les droits des participants et ceux des créanciers du gérant et les solutions qui viennent d'être proposées semblent rendre compte dans la plus large mesure de la jurisprudence dont les contradictions en la matière se révèlent plus apparentes que réelles.

242. — L'étude de l'étendue des droits transférés par l'apport en cas de silence du pacte social fait ressortir l'opposition fondamentale existant sur ce point entre les sociétés possédant la personnalité morale et les sociétés en participation:

241. — (3) Cass. civ., 25 mars 1941, D.H. 1941, 178 : « la contribution aux pertes étant l'une des conditions essentielles du contrat de société, un associé en participation ne peut à la fin d'une opération se prétendre créancier de son coparticipant, gérant d'une association formée en vue de consentir à un tiers une ouverture de crédit pour une durée déterminée, et lui réclamer le remboursement intégral de son apport, *avant qu'un compte de profits et pertes ait été au préalable établi* ».

(4) Toutefois le participant peut par une clause du contrat limiter sa participation aux pertes au montant de son apport (Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 50; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-2, n° 1065; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 345).

alors que pour les premières on est amené à considérer que l'hypothèse normale est le transfert de la propriété du bien objet de l'apport, c'est au contraire le maintien de la propriété des apports dans le patrimoine des associés qui est la règle en matière de société en participation. Mais il ne suffit pas d'établir que dans certaines hypothèses l'apport est translatif de propriété ou plus généralement translatif de droits, il est également nécessaire de déterminer à quel moment se produit ce transfert.

SECTION II

MOMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES

243. — La doctrine française est unanime pour considérer que les principes formulés par l'article 1138 du Code civil, en matière de transfert de propriété et au sujet des conséquences juridiques de ce transfert, s'appliquent à l'égard de l'apport en société comme ils s'appliquent en matière de vente. Dès lors si pour être opposable aux tiers, l'apport en propriété doit être soumis aux formalités précédemment étudiées (1), le transfert de propriété qu'il réalise au profit du patrimoine social s'effectue *inter partes* par le seul échange des consentements qui préside à la conclusion du contrat de société (2).

Et par application du principe traditionnel « res perit domino », le transfert de propriété ainsi opéré s'accompagne du transfert des risques. Il est en effet permis de déduire de l'article 1867, alinéa 3, du Code civil que si le bien apporté vient à être perdu ou détérioré postérieurement au moment où la société en est devenue propriétaire, cette perte ou cette détérioration sera supportée par la société, c'est-à-dire que l'associé apporteur conservera intégralement les droits qu'il tient du pacte social : ces droits ne subiront aucune réduction malgré la perte ou la détérioration survenue au bien qu'il a mis en société.

244. — Mais si fondamental et si indiscuté que soit le principe du transfert immédiat de propriété en matière d'apport en société concernant la propriété d'un bien, il n'en demeure

243. — (1) V. *supra* nos 189 et s.

(2) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 28; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 90; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 21; Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 200; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 135, note 1. — Rappr. Cass. req., 16 juin 1931, *J. Soc.*, 1931, p. 664.

pas moins qu'il s'agit là seulement d'un principe général qui doit dans des hypothèses particulières subir un certain nombre de tempéraments.

Tout d'abord les parties peuvent retarder conventionnellement le moment du transfert de la propriété des apports à la société. Les associés ont en général toute liberté pour prévoir dans le pacte social que le transfert de propriété s'effectuera à une date postérieure à la conclusion du contrat et ils ont la possibilité soit de fixer cette date, soit de décider par exemple que le transfert de propriété se réalisera lors de la remise matérielle de l'apport aux représentants de la société. Cependant cette liberté reconnue aux parties pour retarder la date de la transmission du droit de propriété à la société disparaît chaque fois que le législateur exige une libération immédiate des apports, ce qui est le cas notamment en matière de sociétés à responsabilité limitée. Dans une telle société, la conclusion du contrat et la réalisation des apports devront nécessairement coïncider.

245. — A côté des modifications conventionnelles que les parties peuvent ainsi dans certaines limites apporter au principe de transmission immédiate de la propriété par l'effet du contrat, des obstacles à la réalisation de ce principe peuvent se trouver dans la nature même des biens apportés. En effet il n'est possible d'appliquer l'article 1138 du Code civil qu'en matière de corps certains. Si donc l'apport concerne une chose fongible, il y a lieu d'appliquer une règle différente, l'article 1585 édicté en matière de vente mais que la doctrine a depuis longtemps étendu à l'apport (1). Par application de cet article la propriété des apports de biens fongibles ne sera transférée à la société qu'au moment où ces biens auront été individualisés, c'est-à-dire en pratique au moment de leur remise matérielle aux organes qualifiés pour représenter la société. Les risques ne seront bien entendu transférés à la société que lors de cette individualisation ou de cette remise matérielle.

On est de ce fait conduit à décider que dans les cas où le législateur a édicté l'obligation de libérer intégralement les apports lors de la constitution de la société, l'individualisation, ou mieux la remise matérielle des apports de choses fongibles, doit intervenir lors de la conclusion du pacte social de manière à ce que le transfert de propriété desdits aports se réalise au moment même de cette conclusion. Mais bien entendu quand la libération immédiate des apports n'est pas exigée, l'individualisation ou la remise matérielle des biens fongibles faisant

245. — (1) V. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 28; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société*, n° 165.

l'objet des apports peut intervenir à une date très postérieure à la constitution de la société.

Le transfert de propriété est susceptible de se trouver également différé par la force même des choses dans quelques autres hypothèses, notamment dans le cas où le bien faisant l'objet de l'apport appartient à une personne autre que l'apporteur, ce dernier promettant à la société d'acquérir le bien envisagé de manière à en transférer la propriété dans le patrimoine social. Dans ce cas le transfert de propriété se réalisera seulement quand l'apporteur aura acquis le bien objet de son apport. De même un associé peut faire l'apport d'un bien qu'il s'engage à fabriquer lui-même. Ici encore le transfert de propriété sera retardé. Mais de telles hypothèses, étant incompatibles avec le principe de libération immédiate des apports, ne peuvent trouver application que dans les sociétés qu'un tel principe ne régit pas.

246. — Une dernière difficulté, quant à la détermination du moment où s'effectue le transfert de la propriété des apports, apparaît lorsque la constitution de la société au lieu de s'effectuer par un seul acte s'échelonne sur une certaine période de temps. Dans les sociétés par actions en effet, par suite des délais nécessaires pour réunir les capitaux qui permettront le fonctionnement de l'entreprise et par suite également des formalités multiples édictées par la loi de 1867, il existera généralement une période constitutive au cours de laquelle les fondateurs représenteront la société en formation. Des développements précédents (1) ont permis de montrer comment dans les grandes sociétés par actions le contrat de société se trouvait remplacé par des conventions d'apport conclues au cours de la période constitutive entre les futurs associés et les fondateurs. Mais le problème se pose alors de savoir à quel moment s'effectue le transfert des apports à la société : on doit en effet choisir entre la date de la convention d'apport et la date de la constitution définitive de la société, cette dernière date coïncidant avec l'approbation des apports en nature par la seconde assemblée constitutive.

A vrai dire le problème envisagé ne soulève guère de difficultés en ce qui concerne les apports de numéraire : il est en effet possible de déduire de l'étroite réglementation à laquelle ils sont soumis en matière de sociétés par actions que la propriété de ces apports est transférée à la société dès le moment où l'actionnaire en effectue le versement mais qu'ils demeurent frappés d'indisponibilité jusqu'à la constitution définitive de la société.

246. — (1) V. *supra* nos 44 et s.

Le cas des apports en nature est beaucoup plus complexe. Si l'on admet comme il paraît raisonnable de le soutenir que la société anonyme en formation possède la personnalité morale (2), on peut à première vue songer à admettre que le transfert de la propriété des apports en nature au patrimoine social intervient au moment où les futurs associés promettent aux fondateurs d'effectuer ces apports. Ce point de vue a été notamment soutenu par M. Lescot dans son *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé* (3). Cet auteur partant du principe que « l'on s'accorde à reconnaître que la société devient propriétaire des fonds versés par chaque actionnaire dès le jour de la souscription » en déduit que la société « devient propriétaire aussi des meubles et des immeubles, dès le jour où les actionnaires se sont engagés à les lui apporter » (4).

Une telle solution n'échappe pas à la critique : on peut en effet remarquer que les associés ne donneront leur consentement à la mise en commun des apports en nature qu'au moment de la tenue des assemblées constitutives et que dès lors il paraît illogique que la société en devienne propriétaire à une date antérieure (5).

Un autre argument peut être tiré du fait que même en attribuant la personnalité morale à la société anonyme en formation, on ne peut cependant reconnaître à cette dernière le droit de commencer avant sa constitution définitive les opérations se rattachant à l'exploitation commerciale ou industrielle prévue par les statuts. Or si l'on considère que le transfert de la propriété des biens apportés s'effectue au moment où la convention d'apport intervient entre le futur actionnaire et les fondateurs, on est amené à en déduire que les risques sont transférés au même moment et que par conséquent les fondateurs doivent à partir de cette date assumer la conservation et l'exploitation du bien.

S'il s'agit en particulier d'un établissement industriel ou commercial, les fondateurs, représentant la société devenue propriétaire, devraient passer un grand nombre de contrats pour permettre la bonne marche de cet établissement. On se heurte alors directement à la règle précitée selon laquelle les opérations sociales ne doivent commencer qu'après la constitution définitive de la société, les seules opérations autorisées antérieurement étant celles qui ont pour but de concourir à cette constitution. Il est en effet particulièrement nécessaire

246. — (2) Sur ce point, v. *supra* n° 40.

(3) Thèse Dijon, 1913.

(4) Lescot, *op. cit.*, p. 245.

(5) Cf. Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, thèse, Paris 1938, p. 367.

que les conventions passées par les fondateurs soient limitées au strict minimum, car chacune de ces conventions risque d'être une source de graves difficultés si la société ne se constitue pas.

Pour ces diverses raisons c'est donc à la date de la constitution définitive de la société anonyme que l'on est conduit à fixer le moment du transfert de la propriété des apports en nature. Et l'on ne peut qu'approuver la Cour de cassation de s'être prononcée en ce sens dans un arrêt du 13 novembre 1935 (6). Considérant « qu'il résulte des dispositions de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 que le consentement nécessaire des associés pour que la chose, propriété de l'apporteur, soit mise en commun s'exprime par le vote de l'assemblée générale », la Cour de cassation en conclut « que l'obligation de livrer la chose n'est parfaite qu'après que ce vote est intervenu ». Et appliquant cette règle à l'espèce qui lui était soumise, elle approuve la Cour de Paris d'avoir décidé qu'une société anonyme bénéficiaire de l'apport d'un immeuble n'était en droit de percevoir les revenus de cet immeuble qu'à dater de l'acceptation de l'apport par l'assemblée constitutive.

247. — Mais si l'on doit ainsi admettre que la société anonyme ne devient propriétaire des apports en nature qu'à la suite de leur approbation par l'assemblée générale, ce n'est pas à dire que les fondateurs ne soient pas dans certains cas exceptionnels en droit d'intervenir pour assurer la conservation de la valeur économique de ces apports durant la période constitutive.

Il peut arriver que l'apporteur compromette par des négligences graves la valeur économique de son bien. Si l'apport concerne un immeuble et que celui-ci nécessite des réparations urgentes, les fondateurs seraient en droit de les faire effectuer. De même si l'apporteur se trouvait au cours de la période constitutive dans l'impossibilité d'assurer l'exploitation de l'établissement commercial ou industriel dont il fait apport à la société, les fondateurs pourraient se substituer à lui dans cette exploitation (1). Mais dans ce cas, à la différence de ce qui se passerait si l'on faisait coïncider la date du transfert de propriété avec celle de la convention d'apport passée au cours de la période constitutive, l'intervention des fondateurs présentera un caractère exceptionnel. Elle ne pourra se justifier que dans les limites admises par le droit commun en matière de gestion d'affaires. Et de plus comme la propriété du bien aura été conservée par l'apporteur, les fondateurs, en se substituant à lui pour la conservation ou l'exploitation du bien, géreront ses

246. — (6) Cass. req., 13 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.I.225; D.H. 1935, 553.
247. — (1) Cf. SÉBAG, *op. cit.*, p. 393.

affaires et non celles de la société. C'est donc à l'apporteur qu'incombera la charge des dépenses nécessaires engagées à l'égard de son bien par les fondateurs.

Les difficultés qui risquaient de se faire jour sur ce point au cas où la société ne se constituerait pas seront ainsi évitées Et, bien entendu, si la société se constitue, ses organes définitifs seront toujours libres d'accepter de lui faire assumer les frais d'exploitation engagés par les fondateurs durant la période constitutive et qui normalement auraient dû être supportés par l'apporteur.

248. — Dans son arrêt précité du 13 novembre 1935, la Cour de cassation envisageant le transfert de la propriété des apports en nature à la société anonyme parle de l'obligation pour l'apporteur de livrer la chose. Il est en effet possible de considérer que l'engagement pris par l'apporteur d'effectuer un apport en propriété fait naître à la charge de cet apporteur une obligation de livrer qui mérite donc de figurer au même titre que l'obligation de garantie par exemple au nombre des obligations de l'apporteur.

CHAPITRE SECOND

Obligations de l'apporteur

249. — Aux termes de l'article 1845 du Code civil, «chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter». Ainsi se trouve affirmée l'existence de la *dette d'apport* qui doit être assumée par toute personne entrant en société. Et comme c'est le cas habituellement en matière de dettes, la question de l'exécution est celle qui apparaît essentielle. L'exécution pure et simple ne suffit pas du reste ; encore est-il indispensable que la société obtienne véritablement et complètement la propriété (ou la jouissance) du bien promis. Il ne faut pas que, par suite d'une éviction ou de vices cachés par exemple, elle puisse se trouver un jour privée de l'utilité économique qu'elle espérait retirer de la chose apportée. Dès lors l'exécution de la dette de l'apporteur doit être envisagée à la fois sous l'angle de la réalisation de l'apport (1) et sous l'angle de l'obligation de garantie qui pèse sur l'associé.

§ 1. — RÉALISATION DE L'APPORT

250. — La doctrine traditionnelle, tirant de l'article 1845 ses conséquences logiques, en conclut que l'on peut faire la synthèse des obligations de l'apporteur en une formule telle que celle-ci : *l'apporteur doit tout ce qu'il a promis, mais il ne doit que ce qu'il a promis* (1). C'est à partir de cette formule que doivent être dégagées les limites exactes de l'engagement de l'apporteur.

Tout d'abord (ne serait-ce que par une interprétation *a contrario* de l'article 1845) il est certain que l'associé ne peut

249. — (1) Pour qualifier l'exécution par l'associé de son obligation de faire un apport, les expressions de *réalisation des apports* et de *libération des apports* sont employées indifféremment dans le présent ouvrage et considérées comme synonymes.

250. — (1) Cf. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 22; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 161.

pas être obligé par ses coassociés à effectuer un supplément d'apport. La solution n'est pas douteuse en ce qui concerne les sociétés où toute décision importante nécessite l'accord unanime des associés. Elle pourrait à première vue faire plus de difficultés en matière de société par actions ou de société à responsabilité limitée, groupements dans lesquels des modifications peuvent être apportées au pacte social à la suite d'un vote émis par la majorité des associés.

Les assemblées générales d'une société anonyme par exemple peuvent en effet décider l'augmentation du capital social par souscription d'actions nouvelles et demander ainsi aux actionnaires un sacrifice pécuniaire s'ajoutant à celui qu'ils ont déjà consenti pour la souscription des actions originaires. Mais la société, une fois décidée l'augmentation de capital, ne peut poursuivre immédiatement ses actionnaires en paiement de la part qui leur incombe dans cette augmentation. Et chaque actionnaire sera amené à accepter ou à refuser de participer à l'augmentation de capital lorsque s'ouvrira la période de souscription. Au cours de cette période, il sera entièrement libre de ne pas prendre d'engagement nouveau et pourra se contenter de vendre son droit préférentiel de souscription ou de le laisser périmer. S'il est au contraire disposé à effectuer un apport supplémentaire, son consentement devra être constaté de la même manière que lors de la constitution de la société, c'est-à-dire en pratique par un bulletin de souscription. C'est seulement en vertu de l'engagement pris à cette occasion par chaque associé que la personne morale pourra par la suite exiger le versement afférent aux actions nouvellement émises. Quant aux actions correspondant aux droits de souscription qui n'auront pas été exercés, elles seront réparties entre les actionnaires qui en auront fait la demande au moyen de souscriptions à titre réductible.

En effet en matière de société anonyme, le principe selon lequel l'apporteur ne peut être obligé d'effectuer un apport plus important que celui promis à l'origine, trouve une application particulière dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 qui prévoit que l'assemblée générale extraordinaire ne peut augmenter les engagements des actionnaires. Interprétant ce texte, la Cour de cassation dans un arrêt du 9 février 1937 (2) considère que les engagements des actionnaires primitifs sont augmentés « si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers ». Ce serait donc en particulier ce qui se produirait si l'assemblée générale obligeait les actionnaires à effectuer des versements supplémentaires après

250. — (2) D.P. 1937.I.73, 1re espèce.

libération complète de leurs titres ou les obligeait à souscrire des actions nouvelles (3). Une telle souscription ne peut donc présenter pour l'associé qu'un caractère facultatif.

251. — Lors de la création des sociétés à responsabilité limitée, le législateur, tout en prévoyant qu'en règle générale les modifications statutaires pourraient être décidées à la majorité, a précisé : « Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale » (1). Les associés ne pourront donc ici encore se voir réclamer, sans leur accord préalable, des sommes ou valeurs en sus de celles qu'ils ont promis d'apporter lors de la constitution de la société (2).

Les règles qui viennent d'être dégagées apparaissent très protectrices des intérêts des associés puisque la société ne peut réclamer à ceux-ci sans leur consentement un supplément d'apport, mais il arrivera que ces règles aboutissent à des conséquences économiques fâcheuses. En refusant d'augmenter le montant de sa part sociale par un versement supplémentaire, ou en refusant de souscrire à des actions nouvelles, un associé risque de placer la société dont il fait partie dans une situation précaire, chaque fois que l'apport supplémentaire qui lui est réclamé s'avère indispensable à la continuation de l'exploitation prévue par les statuts. Pourtant même en ce cas le principe dégagé ne sera pas mis en échec : on ne pourra pas exiger un nouvel apport de l'associé qui s'y refuse. Mais devant cette opposition qui peut être injustifiée, ses coassociés ne seront pas complètement désarmés. En menaçant de demander la dissolution judiciaire, par suite de l'impossibilité pour la société de fonctionner de manière satisfaisante en l'état actuel de ses ressources, les associés favorables à une augmentation des apports pourront parvenir indirectement à obtenir du ou des dissidents qu'ils modifient leur position (3).

252. — L'engagement pris par l'apporteur lors de la constitution de la société fixe ainsi la limite des sommes ou des biens qui pourront lui être réclamés à titre d'apport par la société. Mais du moins l'apporteur est-il tenu de procurer à celle-ci tous les biens ou toutes les prestations qu'il s'est engagé à lui fournir. Bien entendu l'exécution de la dette d'apport différera profondément selon la prestation qu'elle concerne. S'il s'agit d'un apport en propriété, l'obligation principale de l'apporteur est

250. — (3) Escarra, *Cours*, n° 858.

251. — (1) L. 7 mars 1925, art. 31.

(2) Cf. Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 437.

(3) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 22. — Rappr. Douai, 13 mars 1947, S. 1948. II. 125, note D. Bastian; D. 1947, J. 275.

une obligation de *dare* (1). Cependant comme généralement dans ce cas la propriété du bien sera transférée *inter partes* du seul fait de l'accord de volontés réalisé lors de la conclusion du pacte social, seule subsistera l'obligation de délivrance de la chose qui aux termes de l'article 1136 du Code civil est l'accessoire de toute obligation de donner. On peut dès lors considérer que le transfert immédiat de propriété empêche l'obligation de *dare* de naître ou que cette obligation prend naissance et s'exécute dans le même instant de raison. Cette seconde solution apparaît du reste préférable car elle permet de rapprocher l'hypothèse où le transfert de propriété est immédiat et celle où il est retardé : dans les deux cas il existe une obligation de *dare,* mais le problème de son exécution se résout automatiquement dans la première éventualité et ne peut donc soulever de difficultés que dans la seconde.

Ces difficultés sont du reste limitées au point de vue juridique, car, en cas d'inexécution par l'associé de l'obligation de réaliser son apport, on reviendra au droit commun des conventions synallagmatiques. En effet en vertu de l'article 1184 du Code civil la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans de telles conventions et cette disposition doit recevoir application en matière de société, l'article 1871 prévoyant du reste expressément que la dissolution d'une société peut être demandée lorsqu'un des associés manque à ses engagements.

Généralement les statuts fixent le délai dans lequel les apports doivent être réalisés. A l'expiration de ce délai, il peut être demandé aux tribunaux de prononcer la résiliation du contrat de société ou de la convention d'apport à l'égard de tout associé qui n'a pas procuré au patrimoine social les valeurs économiques qu'il s'était engagé à lui fournir. Cette demande de résiliation peut être introduite sans qu'il soit indispensable que le défenseur ait été préalablement mis en demeure d'effectuer son apport par une sommation extra-judiciaire (2). Toutefois l'associé pourrait interrompre l'action intentée contre lui par une offre d'exécution immédiate.

253. — Lorsque l'apport qui n'a pas été exécuté à l'échéance prévue concerne une somme d'argent, il sera possible d'appliquer des règles légales particulières qui dérogent au régime de droit commun des dettes de numéraire. En effet alors qu'en droit commun, les intérêts moratoires ne sont dûs par le débiteur que du jour de la sommation de payer, en matière de société ces intérêts courent de plein droit en vertu de l'article

252. — (1) Sur la distinction des obligations de donner et de faire, v. Demogue, *Traité des obligations,* t. VI, nos 58 et s., en particulier n° 61 duquel il ressort que l'obligation de donner est l'obligation d'investir le créancier d'un droit réel.

(2) Bruxelles, 29 oct. 1884, *J. Soc.,* 1890, p. 66.

1846 du Code civil à partir de la date fixée pour le versement de l'apport de numéraire.

De plus en se référant à ce même article, le tribunal pourra accorder à la société des dommages-intérêts complémentaires, destinés à réparer le préjudice qu'elle a pu éprouver à la suite du retard apporté par l'associé à effectuer les versements qui lui incombent. Et tandis qu'en règle générale une telle condamnation à des dommages-intérêts supplémentaires ne peut intervenir que si la mauvaise foi du débiteur est établie (1), il est permis de considérer que l'article 1846 a entendu déroger à cette règle en matière d'apport de numéraire et qu'en n'exigeant pas la mauvaise foi de l'apporteur il a autorisé implicitement le tribunal à allouer des dommages-intérêts à la société même au cas où le retard reproché à l'associé serait dû à une simple négligence de la part de celui-ci (2).

Ces dérogations au droit commun se justifient par le fait que les sociétés qui se constituent ont besoin d'avoir très rapidement à leur disposition les capitaux indispensables pour pouvoir commencer l'exploitation prévue par les statuts. Le retard apporté par l'associé dans l'accomplissement de ses obligations risque donc de compromettre la bonne marche de cette exploitation et de causer à la société un préjudice que le seul versement des intérêts moratoires légaux ne suffirait pas à faire disparaître (3).

Mais comme il est aisé de le concevoir, alors que les intérêts moratoires seront dûs de plein droit et sans que la société ait à justifier d'un préjudice quelconque, les dommages-intérêts supplémentaires qu'elle pourra demander ne lui seront alloués que si elle invoque l'existence d'un préjudice qu'elle établit de manière précise.

254. — Bien que la loi accorde certains avantages, par rapport au droit commun, aux sociétés poursuivant le recouvrement des apports de numéraire promis par les associés, la pratique a estimé que les dispositions légales étaient parfois insuffisamment protectrices des intérêts sociaux : elle leur a ajouté des garanties conventionnelles dont la plus répandue est l'*exécution en bourse* que l'on rencontre en matière de société anonyme (1). Il est en effet devenu courant d'insérer dans les

253. — (1) C. civ., art. 1153 *in fine*.

(2) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 24; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 30.

(3) Escarra, *Cours*, n° 516.

254. — (1) Sur la procédure d'exécution en bourse, v. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, nos 787 à 790; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 423; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 599; Foncin, *De l'exécution en bourse des actions...*, thèse Dijon 1907.

statuts des sociétés par actions une clause permettant expressément à la société de faire vendre, pour le compte des associés retardataires, les titres qui n'auront pas été libérés dans les délais prévus, la société stipulant à son profit le droit de prélever sur le prix de vente les sommes lui restant dues. Une telle procédure est beaucoup plus rapide qu'une instance judiciaire : elle permet également à la société d'éviter les frais importants que nécessiteraient des poursuites individuelles engagées contre chacun des associés retardataires.

Aussi comprend-on que la Cour de cassation se soit montrée favorable à la clause d'exécution en bourse : non seulement elle a admis depuis longtemps sa validité (2) mais de plus dans un arrêt du 23 juillet 1935 (3) elle l'a reconnue opposable à la faillite du souscripteur. Cette solution mérite d'être approuvée (4). La Cour régulatrice se fonde en effet pour l'établir, sur le fait que la clause d'exécution en bourse constitue un pacte commissoire exprès comportant résiliation de plein droit sans intervention du juge. Et cette analyse apparaît parfaitement admissible dès lors que l'on reconnaît au contrat de souscription le caractère d'une convention synallagmatique (5).

La résolution d'une telle convention peut être en effet demandée par l'une des parties, au cas où son cocontractant n'exécute pas ses obligations. Or en prévoyant un pacte commissoire tel qu'une clause d'exécution en bourse, les parties ne font pas autre chose que d'établir un procédé particulier de résolution du contrat, substitué à la règle habituelle de la résolution judiciaire. Une difficulté existe cependant sur le point de savoir si l'inexécution par le souscripteur de sa dette d'apport entraîne la *résolution rétroactive* de la convention ou une simple *résiliation* n'ayant d'effet que pour l'avenir.

Admettre la résolution rétroactive n'est-ce pas être conduit à déclarer que le capital de la société n'a pas été entièrement souscrit à l'origine et que dès lors la nullité est encourue de ce chef ? A vrai dire cet argument n'a peut-être pas la portée qu'on pourrait être tenté de lui reconnaître à première vue. En effet on admet en matière de société anonyme que la nullité de quelques souscriptions pour incapacité par exemple n'aboutit pas à entraîner la nullité de la société, dès lors que les souscripteurs incapables ont pu être remplacés par des souscripteurs ca-

254. — (2) Cass. req., 14 févr. 1872, D.P. 1872.I.244; Cass. req., 23 déc. 1885, D.P. 1886.I.261.

(3) *Gaz. Pal.*, 1935.II.699.

(4) Cf. LACAN, *La libération des actions d'un souscripteur en faillite*, Rev. Soc., 1948, p. 383. — Rappr. G. DEBRAY, *Des effets de la clause statutaire d'exécution en bourse vis à vis de la faillite d'un actionnaire*, thèse Paris 1932.

(5) Sur ce point, v. *supra* nos 44 et s.

pables (6). La même solution pourrait donc être étendue à l'hypothèse de résolution d'un certain nombre de souscriptions et il serait possible d'admettre que la substitution de nouveaux actionnaires aux souscripteurs défaillants fait disparaître la nullité encourue pour défaut de souscription intégrale du capital.

Malgré tout si l'on considère qu'il y a résolution rétroactive on s'expose à quelques difficultés notamment du fait que les actionnaires qui vont être exclus par la voie de l'exécution en bourse ont pu participer à diverses assemblées générales : l'admission de la rétroactivité risque d'aboutir à des conséquences très préjudiciables à la personne morale. Aussi est-il compréhensible que la Cour de cassation ait dans son arrêt précité de 1935 préféré le terme « résiliation » à celui de « résolution ». On peut en effet admettre que le souscripteur originaire continuera à être considéré comme tel et qu'il ne cessera de faire partie de la société qu'à dater de l'exécution en bourse. Pour parvenir à ce résultat, il suffit de considérer que le contrat de souscription est « un contrat complexe et successif, comportant de part et d'autre une série de prestations dont l'échange se poursuit tant que dure la société » (7).

Le caractère successif apparaît en effet en ce qui concerne les droits sociaux attribués à l'apporteur lesquels s'exerceront au fur et à mesure de l'existence de la société, mais il apparaît également, dans l'hypothèse envisagée, à l'égard de l'apport en numéraire promis par l'associé. Si cet apport peut être considéré comme instantané, quand l'associé effectue un versement unique, il n'en est pas de même lorsque la clause d'exécution en bourse est amenée à jouer : pour que celle-ci ait sa raison d'être il faut en effet que l'actionnaire n'ait libéré lors de la souscription qu'une fraction seulement de la valeur nominale des actions souscrites, le solde devant faire l'objet d'un ou plusieurs versements ultérieurs. C'est l'inexécution de cette promesse de versements ultérieurs qui motive l'exécution en bourse, et l'existence de tels versements échelonnés permet de reconnaître au contrat de souscription le caractère successif au moins dans cette hypothèse.

Une fois admis ce caractère successif, il devient possible de considérer que ledit contrat peut faire l'objet d'une simple résiliation non rétroactive en cas d'inexécution par le souscripteur de ses obligations, cette résiliation étant susceptible si les statuts le prévoient de prendre la forme de la vente en bourse des actions afférentes à la souscription inexécutée.

255. — Très souvent la clause d'exécution en bourse jouera simplement un rôle comminatoire, car l'actionnaire, mis en

254. — (6) V. *supra* nos 48 et 180.
(7) LACAN, *op. cit.*, p. 389.

demeure d'accomplir les versements qu'il lui reste à effectuer, préférera effectuer ses obligations, plutôt que de s'exposer à une procédure qui risque de lui être fort préjudiciable. Et la question se pose alors de savoir selon quelles modalités, il lui sera possible de réaliser son apport.

En droit commun en effet une dette de somme d'argent peut être éteinte non seulement par le paiement proprement dit, mais également par la *compensation* ou la *dation en paiement*, et l'on peut songer à étendre ces procédés en matière d'apport en numéraire. Il faut cependant se montrer très prudent en ce qui concerne cette extension. Tout d'abord en matière de *société anonyme* la loi du 1er août 1893 pour mettre fin à certaines fraudes qui s'étaient fait jour antérieurement a décidé que le versement demandé aux actionnaires lors de la souscription devait être effectué en espèces.

Mais il importe de remarquer que cette disposition ne régit que le versement initial exigé avant la constitution définitive de la société et que si la compensation est ici écartée comme mode de règlement c'est parce que l'actionnaire ne pourrait à ce moment invoquer pour compenser sa dette qu'une créance contre la société en formation. Or l'existence d'une telle créance demeure soumise à une ratification de la part de la société, et cette ratification ne peut intervenir qu'après la constitution définitive de la personne morale (1).

En ce qui concerne les versements ultérieurs qui viendront compléter le versement initial lorsque celui-ci n'a porté que sur une fraction de la valeur nominale des actions souscrites, la situation se présente tout à fait différemment. Ces versements ultérieurs seront normalement effectués après la constitution définitive de la société et quand il en est ainsi, le règlement par compensation n'a aucune raison d'être écarté, du moins tant que la société est *in bonis*. En effet la société une fois définitivement constituée a pu contracter des dettes envers ses actionnaires et l'on ne saurait priver ceux-ci du droit d'invoquer la compensation entre les sommes qu'ils doivent à titre d'apport et leurs créances contre la personne morale, dès lors que ces créances sont certaines, liquides et exigibles (2).

Le paiement par compensation doit pour les mêmes raisons être considéré comme valable quand il s'agit de la libération d'actions créées lors d'une augmentation de capital. En effet entre le moment de la constitution de la société et celui de l'augmentation de capital, il aura pu s'écouler un assez long

255. — (1) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 616. — Rappr. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. II, n° 906.

(2) Cf. Ripert, *Dr. com.*, n° 1048. — Rappr. Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 417.

délai au cours duquel de nombreuses créances contre la société auront pris naissance et les titulaires de ces créances pourront, s'ils souscrivent à une augmentation de capital effectuée par la société, régler leur dette d'apport par compensation (3).

Il apparaît ainsi que le paiement par compensation peut recevoir même en matière de société anonyme certaines applications, mais par contre la validité du paiement par équivalent, dans ce type de société, est beaucoup plus douteuse. Si l'associé qui a promis d'effectuer un apport en numéraire propose de réaliser une dation en paiement à la place du règlement en espèces escompté par la société, une telle proposition ne saurait être valablement acceptée par celle-ci. En effet cette dation en paiement aurait pour conséquence de remplacer l'apport en numéraire, prévu initialement, par un apport en nature. Or un tel apport ne peut être effectué au profit d'une société anonyme qu'en le soumettant aux formalités légales de publicité préalable, de vérification et d'approbation, qui ne seraient pas respectées dans l'hypothèse d'une dation en paiement (4).

256. — Les règles qui viennent d'être dégagées en matière de société anonyme s'appliquent dans une large mesure aux *sociétés à responsabilité limitée :* le fait que dans ces sociétés les apports en nature doivent être évalués dans l'acte de société, ainsi que l'obligation légale d'une libération immédiate des parts sociales conduisent à écarter ici également toute possibilité de règlement des apports en numéraire au moyen de dations en paiement. Quant au paiement par compensation, il ne saurait être admis au moment de la constitution de la société : puisque les apports en numéraire effectués au profit d'une société à responsabilité limitée doivent être intégralement libérés lors de la conclusion du pacte social, et qu'on ne peut à ce moment invoquer de créances contre la société, celle-ci n'ayant pas eu encore d'existence légale, le paiement par compensation est ainsi rendu impossible dans ce cas.

Au contraire lorsque l'apport en numéraire intervient à titre d'augmentation de capital, la société à responsabilité limitée qui fonctionne depuis quelque temps déjà possède un passif : la doctrine et la jurisprudence (1) se prononcent donc pour la validité du paiement par compensation dans une telle hypothèse, pour les mêmes motifs que ceux qui justifient l'admission de ce mode de règlement en matière d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes.

255. — (3) Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 901; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 616.

(4) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. II, n° 615.

256. — (1) V. en doctrine, Pic et Baratin, *Sociétés à responsabilité limitée*, supplément 1933, n° 373; en jurisprudence : Riom, 22 nov. 1928, D.P. 1930.II.121, 1re espèce, note P. Pic.

Dans la *société en nom collectif* et dans la *société en commandite simple,* le règlement des apports en numéraire par compensation ou dation en paiement peut recevoir une application beaucoup plus large. En ce qui concerne l'admission de la compensation, la principale règle à observer est qu'en raison de la personnalité morale de la société, il est impossible pour un associé de compenser la dette d'apport qu'il a envers celle-ci avec une créance qu'il peut avoir contre un autre associé. Il faut que la créance invoquée soit une créance contre la société. Mais si l'on respecte cette exigence, la compensation apparaît possible même pour les apports en numéraire promis lors de la constitution de la société.

Comme ces apports n'ont pas à être libérés immédiatement au moment de la conclusion du contrat de société, il peut s'écouler un certain laps de temps entre l'engagement de l'associé et la réalisation de sa promesse. Si l'associé est devenu dans l'intervalle créancier de la société à un titre quelconque, il pourra, dès lors que sa créance est indiscutable, l'invoquer en compensation de sa dette d'apport.

De même une dation en paiement serait susceptible d'intervenir en règlement de l'apport en numéraire promis par un associé en nom ou par un membre d'une société en commandite simple. Mais cette dation en paiement ne sera possible que si les coassociés de l'apporteur qui la propose acceptent que celui-ci substitue ainsi un apport en nature à l'apport en numéraire qu'il s'était engagé à réaliser (2).

257. — Le régime juridique de la réalisation des apports en numéraire est bien entendu le même lorsque l'apport est effectué en pleine propriété et lorsqu'il est effectué en jouissance, puisque dans les deux cas la société devient propriétaire des sommes qui lui sont versées (1) et que la seule différence entre les deux hypothèses réside dans l'étendue des droits reconnus à l'associé pour reprendre son apport. Au contraire, si l'apport concerne un corps certain, le fait qu'il soit qualifié d'apport en usufruit ou d'apport en jouissance entraînera en ce qui concerne sa réalisation un régime juridique différent de celui existant pour les apports en propriété.

Cette différence apparaît surtout sensible en ce qui concerne l'apport en jouissance. L'apport en usufruit opère en effet, comme l'apport en propriété, un transfert de droit réel et ce transfert se réalise normalement *inter partes* du seul fait de l'accord de volontés des contractants. Au contraire l'*apport en*

256. — (2) Sur la dation en paiement, comme mode de règlement d'une dette d'apport, v. Lyon, 12 janv. 1901, *Rev. Soc.*, 1902, p. 11 ; Paris, 8 mars 1901, *Rev. Soc.*, 1901, p. 287.

257. — (1) Sur l'apport de numéraire en jouissance, v. *supra* n° 124.

jouissance constituant selon la conception traditionnelle un apport à prestations successives fait peser sur l'apporteur une obligation analogue à celle prévue par le Code civil à l'égard du bailleur. L'apporteur en jouissance assume donc envers la société une obligation de *facere* et non pas une obligation de *dare* : il s'engage à faire jouir la société du bien apporté et cela pendant une durée déterminée qui coïncide généralement avec la durée d'existence de la société.

Mais des développements précédents (2) ont permis de montrer que, en fait, cette obligation de l'apporteur se traduisait le plus souvent par une simple obligation de garantie. Une fois que la société a pris possession du bien mis à sa disposition par son associé à titre d'apport en jouissance, elle se trouve dans une situation juridique extrêmement favorable, opposable à la fois à l'apporteur et à ses ayants-cause, notamment aux acquéreurs éventuels de l'immeuble. Le point important pour la société sera donc d'obtenir la délivrance du bien et elle réclamera en justice cette délivrance si l'apporteur se refuse à l'effectuer. Après la délivrance du bien, les difficultés pouvant surgir entre la société et l'apporteur se manifesteront surtout dans l'hypothèse où l'entretien du bien apporté obligerait à d'importantes réparations. C'est dire que la nécessité de l'intervention active de l'apporteur apparaît assez peu fréquemment et que la société bénéficiaire d'un apport en jouissance, sans posséder un véritable droit réel sur le bien apporté, se trouve cependant dans une situation voisine de celle du titulaire d'un tel droit.

258. — L'*apport en industrie* apparaît de ce fait très différent et sa réalisation dépend uniquement de l'exécution par l'apporteur de l'obligation de *facere* qu'il assume. Non seulement du reste l'associé, apporteur en industrie, doit tenir son engagement en effectuant au profit de la société le travail prévu ou en lui rendant les services promis, mais de plus il ne peut, sauf clause contraire des statuts, exercer par ailleurs une activité se rattachant à la branche d'industrie qui fait l'objet de l'exploitation sociale.

S'il exerçait une telle activité, il devrait aux termes de l'article 1847 du Code civil verser à la société le montant intégral des gains qu'il aurait ainsi indûment réalisés. Il pourrait même être le cas échéant condamné à des dommages-intérêts supplémentaires au cas où le préjudice éprouvé par la société du fait de ses agissements excéderait le montant des bénéfices qu'il en a retirés. Au contraire, l'apporteur en industrie restera libre d'exercer son activité dans une branche d'industrie complètement différente de celle où se cantonne l'exploi-

257. — (2) V. *supra* n° 118.

tation sociale, et il n'aura dans ce cas aucun compte à rendre à ses coassociés du fait des bénfices qu'il aura pu ainsi réaliser. Cependant, il arrive fréquemment que l'apporteur en industrie promette de consacrer tout son temps aux affaires sociales. Dans cette hypothèse peut-il se livrer à une activité séparée à côté de celle dont profite la société ? Il ne le semble pas car l'activité supplémentaire qu'exercerait alors l'apporteur d'industrie en dehors de la société absorberait nécessairement une partie de son temps et il devrait de ce fait être considéré comme n'exécutant pas complètement son engagement.

L'obligation de *facere* qui est assumée par l'apporteur d'industrie est en outre une obligation de caractère continu ou successif. On ne pourra dès lors considérer que cet associé a réalisé intégralement son apport qu'au terme fixé par le contrat de société, c'est-à-dire généralement à la date prévue par les statuts pour la dissolution du groupement (1). Si donc l'apporteur en industrie venait à cesser sa collaboration ou si la société était amenée à se dissoudre par anticipation, l'apport d'industrie devrait être considéré comme n'ayant été exécuté que partiellement et il faudrait tenir compte de cette situation dans la liquidation du patrimoine social (2).

259. — Il n'est pas douteux que si l'apporteur d'industrie a scrupuleusement rempli ses obligations, il ne saurait être tenu pour responsable au cas où son activité n'aurait pas produit les résultats escomptés. De même l'apporteur d'un bien quelconque ne saurait normalement se voir imputer le fait que l'exploitation de son apport n'a pas procuré à la société les gains auxquels il était permis de s'attendre. Cependant si le mécompte éprouvé par la société était dû au fait que le bien apporté était entaché de certains vices, ou également si l'exploitation de ce bien avait été entravée par suite d'une éviction, l'obligation de garantie de l'apporteur serait amenée à remplir son office.

§ 2. — GARANTIE DE L'APPORT (1)

260. — Si l'on peut parfois hésiter en ce qui concerne l'extension à l'apport en propriété de certaines règles admises à

258. — (1) V. *supra* n° 128.

(2) Cass. civ., 14 juin 1865, D.P. 1866.I.132. — Sur la réalisation des apports en industrie, v. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 44; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 51; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n^{os} 134 et 135.

260. — (1) Sur la garantie par l'apporteur de la valeur donnée à son bien dans un contrat de société à responsabilité limitée, v. *supra* n° 229.

l'égard de la vente, ce n'est pas le cas en matière de *garantie d'éviction*. En effet, l'article 1845 du Code civil après avoir formulé, dans son premier alinéa, l'obligation pour chaque associé d'effectuer un apport, ajoute dans son alinéa 2 : « Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur ». Cependant il ne semble pas qu'il faille entendre ce texte comme impliquant une transposition pure et simple en matière d'apport des dispositions contenues dans l'article 1630 et fixant les modalités de la garantie d'éviction à l'égard du contrat de vente.

Cet article vise en effet l'hypothèse de l'éviction totale du bien vendu. Or en ce qui concerne l'apport, la doctrine fait remarquer à juste titre qu'une éviction, même si elle s'étend au bien apporté dans son ensemble, ne constitue en réalité qu'une éviction partielle à l'égard de la société, celle-ci se trouvant privée seulement de l'un des éléments constitutifs du fonds social (2). Dès lors il apparaît que l'éviction dont la société est victime en ce qui concerne l'un des apports dont elle a bénéficié doit donner lieu de toute manière non pas à l'application de l'article 1630 sur l'éviction totale mais à celle de l'article 1636 sur l'éviction partielle.

Ainsi, même dans l'hypothèse où la société est évincée de la totalité d'un apport, les tribunaux ne pourront prononcer la résiliation du pacte social que si les associés, en demandant cette résiliation, établissent de manière non équivoque que l'apport envisagé avait été un des motifs déterminants de leur consentement ou que cet apport est absolument indispensable à la bonne marche de l'exploitation sociale. Lorsque les associés ne peuvent pas parvenir à fournir cette preuve ou qu'ils ne demandent pas la résiliation, l'éviction aboutira seulement à faire condamner l'apporteur à des dommages-intérêts envers la société. Ces dommages-intérêts devront être calculés selon la règle établie par l'article 1637 du Code civil, c'est-à-dire en fonction de la valeur de la chose à l'époque de l'éviction.

261. — La garantie d'éviction assumée par l'apporteur s'étend non seulement aux troubles juridiques causés à la société par des tiers, mais également aux troubles que cet apporteur pourrait être amené à causer lui-même par ses activités. La question revêt un certain intérêt en matière d'apports de fonds de commerce.

En ce qui concerne la vente d'un tel bien, la jurisprudence fait peser sur le cédant une obligation de non-concurrence même

260. — (2) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 29; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 17 *in fine*; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 94.

en l'absence de clause expresse à ce sujet. Notamment un arrêt de la Cour de Lyon a décidé que « l'interdiction de se rétablir est de l'essence même de la convention relative à la cession d'un fonds de commerce » (1). Transposant cette règle en matière d'apport de société, la doctrine (2) considère que l'apporteur doit s'abstenir de créer un établissement de même nature que celui faisant l'objet de l'apport. D'une manière plus générale, l'apporteur doit éviter d'accomplir tout acte susceptible de réduire la clientèle du fonds apporté (3).

262. — Bien que l'article 1845 n'étende expressément à l'apport en société que les règles de la garantie d'éviction, les auteurs admettent que l'apporteur assume également l'*obligation de garantir la société contre les vices cachés* dont peut être atteint le bien objet de l'apport (1). Ici encore ce sont les règles de la vente qui s'appliqueront, c'est-à-dire en l'espèce les articles 1641 et suivants du Code civil. Toutefois certains aménagements devront intervenir à l'égard de ces textes en ce qui concerne leur extension à l'apport. Ils supposent en effet que le contrat comporte un prix, ce qui n'est pas le cas en matière d'apport : l'article 1644 par exemple prévoit que l'acheteur qui découvre des vices cachés à la chose vendue, peut soit rendre la chose et se faire restituer le prix, soit garder la chose et se faire rendre une partie du prix, des dommages-intérêts étant en outre susceptibles d'être accordés en vertu de l'article 1645 si le vendeur connaissait l'existence des vices.

Ce sont ces règles qu'il convient d'adapter à l'apport. Il est nécessaire de laisser aux co-associés de l'apporteur du bien

261. — (1) Lyon, 1er mars 1926, D.H. 1926, 259.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 20 *bis*; Joly, *Dictionnaire des soc. anonymes*, 1re partie, V° Apport, n° 16; Cohen, *Traité des fonds de commerce*, t. I, n° 841.

(3) L'obligation de garantie du fait personnel qui pèse sur le vendeur trouve une application particulière dans le cas où le vendeur du fonds de commerce est en même temps le bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité. En vertu de l'article 8, al. 3, de la loi du 30 juin 1926 (dont les dispositions ont été reprises par l'article 16 du décret du 30 septembre 1953, le bailleur vendeur du fonds ne peut exercer son droit de reprise qu'à charge pour lui de payer une indemnité d'éviction à l'acquéreur. Cette disposition se rattachant à l'obligation de garantie du vendeur devrait être déclarée applicable à l'apport; le bailleur *apporteur* du fonds ou ses ayants-cause seraient obligés de verser une indemnité d'éviction à la société (ou aux ayants-cause de celle-ci) au cas où ils exerceraient leur droit de reprise. Pourtant dans un arrêt du 2 décembre 1952, dont la solution apparaît ainsi fort discutable, la Cour de cassation, Section commerciale, s'est prononcée en sens contraire et a déclaré les dispositions de l'art. 8, al. 3, de la loi de 1926 inapplicables lorsque le fonds a été non pas vendu, mais apporté à une société (J.C.P. 1953.II.7524).

262. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 31; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 19; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 95.

entaché de vices l'option prévue par l'article 1644. Ils pourront donc intenter l'*action redhibitoire* dont l'effet sera ici d'aboutir à la résolution du pacte social. Cette résolution s'accompagnera le cas échéant de la condamnation de l'associé, ayant de mauvaise foi fait apport d'un bien atteint de vices non apparents, au remboursement des frais de constitution de la société et à tous dommages-intérêts supplémentaires que justifiera éventuellement le préjudice causé aux associés par ses agissements. Mais la société pourra se contenter d'intenter une *action estimatoire* dont le but sera soit d'obtenir une réduction des droits sociaux attribués à l'apporteur (2), soit de faire condamner cet apporteur au versement d'une somme d'argent correspondant à la différence entre d'une part l'évaluation donnée à son apport dans les statuts et d'autre part la valeur réelle de ce bien telle qu'on peut l'estimer après la découverte des vices qui l'entachent.

263. — L'apporteur est également garant de la *contenance indiquée* en matière d'apports de terrains. Toutefois à cet égard une controverse s'est élevée entre les auteurs : selon certains (1) l'associé doit être contraint d'indemniser la société dès lors qu'un déficit de contenance, si minime soit-il, a été constaté ; selon une autre opinion (2), il faut appliquer les articles 1617 et suivants du Code civil édictés en matière de vente, et en particulier l'article 1619 qui ne retient le déficit de contenance que s'il y a entre la superficie annoncée et la superficie réelle un écart de plus d'un vingtième. La première solution semble préférable : on peut en effet invoquer pour l'appuyer le fait que l'article 1845, alinéa 1, du Code civil, rend l'associé débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (3). N'y a-t-il donc pas là un obstacle à l'extension de l'article 1619 à la matière de l'apport, cet article apparaissant du reste comme une disposition exceptionnelle qui doit être interprétée restrictivement ?

La Cour de cassation n'a pas eu à trancher directement la question : si dans un arrêt du 14 janvier 1862 (4), elle

262. — (2) V. par ex. un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 26 février 1907 (*J. Soc.*, 1908, p. 67) réduisant de 6.500 à 2.700 le nombre d'actions d'apport attribuées à un associé. En l'espèce, les apports étaient situés à Madagascar. Le Tribunal considère « qu'à raison de la difficulté matérielle que présentait la vérification sur place de ces apports et qui n'a pas permis aux commissaires de reconnaître les défauts dont ces apports sont entachés, il s'agit bien là de véritables vices cachés ».

263. — (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, p. 25, en note; ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 110.

(2) PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, n° 31.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Dr. com.*, t. II-1, p. 25, note 2.

(4) Cass. civ., 14 janv. 1862, D.P. 1862.I.91.

applique les dispositions des articles 1617 et suivants à un apport en société, c'est parce que la Cour d'appel dans l'arrêt attaqué par le pourvoi avait expressément constaté que le prétendu apport constituait en réalité une vente. La Cour régulatrice relève avec soin cette circonstance de fait et l'on ne peut donc préjuger de la solution qu'elle aurait donnée s'il s'était agi dans l'affaire qui lui était soumise d'un véritable apport en société.

264. — *L'apport de créances* donne, lui aussi, lieu à une obligation de garantie de la part de l'apporteur et ici à nouveau une difficulté s'élève sur le point de savoir quelle doit être l'étendue de cette obligation. En matière de cession de créances, le cédant ne garantit en vertu de l'article 1692 du Code civil que l'existence de la créance cédée : c'est seulement s'il a pris un engagement exprès à ce sujet, qu'il garantira la solvabilité du débiteur cédé. Se fondant sur le fait qu'il s'agit en cette matière d'une forme de la garantie d'éviction, les auteurs (1) décident généralement que les dispositions de la cession de créances doivent être sur ce point étendues à l'apport, puisque l'article 1845, alinéa 2, du Code civil, assimile à l'égard de l'éviction, vente et apport.

Un arrêt de la Cour de cassation paraît à première vue susceptible d'être invoqué en sens contraire (2) et l'on pourrait songer à soutenir que la haute juridiction admet qu'en tout état de cause l'apporteur de créances est garant de la solvabilité du débiteur. En réalité une telle déduction serait inexacte car la décision citée concerne une espèce très particulière. Les gérants d'une société en commandite avaient en effet accepté de la part de commanditaires, en règlement de leur apports, des créances qui s'étaient avérées irrecouvrables. La société ayant été déclarée en faillite, la question se posa de savoir si les créanciers sociaux étaient en droit de poursuivre les commanditaires à concurrence des sommes dont le recouvrement n'avait pas pu avoir lieu.

La solution n'était pas susceptible d'être trouvée sur le terrain de la garantie et l'on peut considérer les motifs invoqués par la Cour d'appel à cet égard, comme surabondants, bien que la Cour de cassation ne les ait pas censurés. La Cour d'appel relève en effet par ailleurs que la remise des créances n'avait pu « porter atteinte aux stipulations du pacte social relatives à la formation du capital et dégager les commanditaires de l'obligation de verser intégralement et réellement un apport qui formait la garantie des tiers et qui ne devait, au préjudice de ceux-ci indirectement, subir aucune réduction ». Dès lors

264. — (1) Cf. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 32; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 20.

(2) Cass. civ., 7 nov. 1899 (confirmant Limoges, 2 juill. 1897), D.P. 1900.I.369, note Thaller; S. 1901.I.513, note Wahl.

que le règlement de la commandite, au moyen des créances qui s'étaient avérées irrecouvrables, n'avait pas été porté à la connaissnce des tiers, le syndic de la faillite pouvait obliger les commanditaires à parfaire leur mise sociale. Il ne s'agissait plus alors d'un problème de garantie, mais de l'inexistence au regard des tiers des clauses du contrat de société qui sont demeurées occultes.. C'est sur ce terrain qu'en définitive se plaça la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi intenté contre l'arrêt de la Cour de Limoges. On voit donc que l'on ne saurait se fonder sur la décision de la Cour régulatrice dans cette affaire pour admettre que l'apporteur de créances serait garant, même en l'absence de convention expresse, de la solvabilité du débiteur.

Certes cette garantie qui empêcherait des combinaisons frauduleuses peut apparaître souhaitable *de lege ferenda*. Cependant en l'état actuel du droit positif, il n'est pas possible de l'admettre. Sans doute, l'article 1845, alinéa 1, du Code civil, rend-il l'apporteur débiteur de tout ce qu'il a promis d'apporter. Mais en matière d'apport de créance, l'associé promet seulement, à défaut de stipulation expresse, de mettre à la disposition de la société la créance telle qu'elle existe au moment de l'apport : on ne saurait affirmer qu'il s'engage à fournir à la société la somme en espèces représentée par le montant nominal de la créance. L'apport de créances est en effet un apport en nature et non pas un apport de numéraire.

265. — La matière des obligations de l'apporteur, tant en ce qui concerne l'obligation de réalisation que l'obligation de garantie, conduit à de fréquents emprunts aux règles édictées pour les contrats voisins, notamment la vente. Il y a du reste à cet égard non pas transposition pure et simple, mais adaptation à l'apport, en tenant compte de l'originalité de sa nature juridique, de dispositions prévues pour d'autres conventions. Et si l'on envisage la contre-partie des obligations de l'apporteur, c'est-à-dire les droits qu'il se voit reconnaître comme contre-prestation de la valeur économique mise en société, le caractère spécifique de l'apport apparaît alors encore plus nettement.

CHAPITRE TROISIEME

Droit de l'apporteur à une part d'intérêt ou à des actions

266. — L'apport est un acte à titre onéreux (1) : si l'associé renonce à la totalité ou à une partie des droits qu'il possédait sur le bien dont il fait apport, ce n'est pas dans un dessein de libéralité, c'est pour obtenir la reconnaissance à son profit de certains droits dans la société.

Les modalités de l'attribution de droits sociaux à l'apporteur comme contre-partie de son apport varient bien entendu selon la forme de la société à laquelle est fait l'apport. Dans une société en nom collectif, cette attribution s'opérera au moyen de la reconnaissance à l'associé d'une part d'intérêt. Dans une société à responsabilité limitée, ce seront des parts sociales et dans une société anonyme, des actions qui viendront rémunérer l'apport réalisé au profit de la société. Mais entre ces contre-prestations variées, existent un certain nombre de traits communs. Elles confèrent à l'apporteur des droits d'associé : elles lui donnent la possibilité de prendre part, d'une manière plus ou moins active selon les cas, à la gestion de la société et elles lui font subir les aléas de l'exploitation sociale. Selon que celle-ci se traduira par des résultats satisfaisants ou non, l'apporteur devenu associé du fait de son apport recevra une part de bénéfices ou devra contribuer à l'extinction des pertes.

267. — Comme dans toute convention synallagmatique, on doit rechercher en matière d'apport l'existence d'un certain équilibre entre la valeur du bien apporté et celle des droits sociaux reconnus à l'apporteur. Il est donc logique de fixer la part de l'associé dans les bénéfices et dans les pertes, en fonction du montant de son apport. C'est ce que décide à titre de principe général l'article 1853, alinéa 1, du Code civil. Ce texte déclare en effet : « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part

266. — (1) V. *supra* n° 52.

de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société ».

Toutefois il résulte des termes mêmes de l'article 1853 qu'il s'agit là non d'une règle impérative, mais d'une disposition interprétative de la volonté des parties destinée à s'appliquer en cas de silence du pacte social à l'égard de la répartition des bénéfices et des pertes (1). Les parties ont donc la possibilité d'écarter l'application de la règle de la proportionnalité des droits sociaux aux apports en insérant dans les statuts une clause établissant, sur d'autres bases que la valeur des apports, le montant des droits sociaux reconnus aux apporteurs. Les statuts peuvent ainsi décider que malgré l'inégalité des apports effectués par les associés, bénéfices et pertes seront répartis également entre ceux-ci. A l'inverse, des associés ayant effectué des apports égaux n'auront pas obligatoirement des droits identiques : il est parfaitement possible de prévoir dans les statuts une répartition inégale des bénéfices et des pertes entre les associés malgré l'égalité de leurs apports. La seule limite qui s'impose ici à la volonté des parties est celle résultant de l'article 1855 prohibant les clauses léonines : il ne faut pas que sous le couvert d'une inégalité dans l'attribution des droits sociaux, on aboutisse à priver pratiquement un associé de toute participation aux bénéfices ou à l'exonérer de toute perte.

De plus la possibilité pour les parties de faire échec au principe de la proportionnalité des droits sociaux aux apports est beaucoup plus grande dans les sociétés en nom collectif, en commandite simple ou en participation que dans les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée. Dans une société en nom collectif de deux membres par exemple on conçoit très bien que les statuts, après avoir donné de l'apport de chaque associé une évaluation identique, confèrent à l'un des apporteurs une part de 60 % dans les bénéfices et les pertes de la société, l'autre se voyant reconnaître seulement une part de 40 %.

Dans une société à responsabilité limitée ou dans une société anonyme, la situation se présente différemment, puisque les parts sociales dans le premier cas, les actions dans le second ont obligatoirement un montant nominal et que dès lors à un

267. — (1) Sur la portée de la disposition de l'article 1853, alinéa 1, v. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 67; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n^{os} 38 et s.; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n^{os} 188 et s.; Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n^{os} 128 et s.; Cass. civ., 27 mars 1851, D.P. 1861.I.161. — Il convient de noter que l'article 1853 contient également un alinéa 2, stipulant qu'en cas de silence des statuts, la part de l'apporteur en industrie dans les bénéfices ou dans les pertes « est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Il s'agit là d'une disposition fort critiquée et que les difficultés rencontrées dans l'évaluation des apports en industrie ne suffisent pas à justifier. Cf. Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 65.

apport évalué 100.000 frs, doivent par exemple correspondre 10 actions de 10.000 frs. Les parties peuvent cependant parvenir à déroger au principe de la proportionnalité en utilisant différents procédés techniques.

Si l'on veut que l'un des associés qui effectue un apport en nature reçoive une part de bénéfices inférieure à celle que justifierait la valeur réelle de son apport comparée à celle des apports des autres associés, on donnera dans les statuts à cet apport en nature une valeur inférieure à sa valeur réelle, la différence entre cette valeur réelle et l'estimation statutaire correspondant à l'inégalité que l'on désire réaliser.

Si, toujours dans le cadre d'une société anonyme ou à responsabilité limitée, on désire au contraire avantager un apporteur par rapport aux autres, on ne pourra pas procéder dans les statuts à une surévaluation de son bien, procédé qui serait illicite car il induirait les tiers en erreur, mais il sera possible d'ajouter, à la rémunération normale de son apport, des parts bénéficiaires extérieures au capital de la société ou d'assortir les actions ou parts sociales qu'on lui attribue de certains privilèges que ne posséderont pas celles qui seront remises aux autres associés. De même la pratique des primes d'émission permet de donner des droits identiques à des associés qui ont effectué des versements différents.

268. — La rémunération de l'apport *stricto sensu* est pleinement soumise aux aléas de l'exploitation sociale. Les associés seront primés par les créanciers de la société, en cas de répartition du patrimoine de la personne morale. C'est pour cette raison que consacrant ici encore une différence notable entre l'apport en propriété et la vente, la doctrine considère que l'apporteur ne saurait se voir reconnaître le *privilège du vendeur de meubles ou d'immeubles* (1).

Toutefois cette règle ne s'applique qu'à l'apport pur et simple. Lorsqu'il s'agit d'un apport mixte rémunéré à la fois par une attribution de droits sociaux et par la promesse d'une certaine somme d'argent, le privilège du vendeur trouve application mais seulement pour permettre le recouvrement de la somme promise en sus des droits sociaux (2).

Les mêmes principes s'appliquent aux garanties conventionnelles, telles que les hypothèques : l'associé qui au moyen d'un apport pur et simple transfère la propriété d'un bien à une société ne saurait s'assurer par une telle garantie la restitution de ses apports en tout état de cause.

268. — (1) Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 27; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. I, n° 96; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 16.

(2) Cass. civ., 13 juill. 1841, D.P. 1841.I.731; Orléans, 11 mai 1882, *J. Soc.*, 1883, p. 437.

CHAPITRE QUATRIEME

Droit de l'apporteur à la restitution de ses apports

269. — Dans la conception traditionnelle, le contrat de société est, comme toute situation conventionnelle s'étendant sur une certaine période de temps, destiné à prendre fin un jour, car le droit français n'admet pas l'existence de contrats perpétuels. Sans doute le développement de la théorie de l'institution permet-il de donner une certaine pérennité aux personnes morales auxquelles s'applique cette théorie et parmi les grandes sociétés anonymes de l'époque moderne plusieurs sont déjà centenaires. Il n'en reste pas moins que les questions de dissolution et de liquidation de sociétés gardent aujourd'hui encore toute leur importance : à ce stade de la vie sociale se pose en matière d'apports un problème essentiel, celui de la reprise par les associés des biens qu'ils ont mis en société (1).

269. — (1) Jusqu'à la dissolution de la personne morale en effet, le principe de l'intangibilité du capital social fait obstacle à la restitution des apports aux associés, en ce sens que les associés sont tenus envers les tiers de laisser dans le patrimoine social un actif au moins égal à la valeur des apports annoncés dans le pacte social. Tant que dure la vie de la société, la restitution des apports ne peut intervenir que dans le cadre d'une *réduction de capital*, inopposable aux créanciers antérieurs à la réduction, ou par l'utilisation de procédés indirects : *l'amortissement du capital social* permet le versement à l'associé d'une somme équivalant à son apport et *le rachat par une société de ses propres actions* aboutit à des résultats analogues (cf. P. Veaux-Fournerie, *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice*, thèse Rennes 1953, nos 71 et s.). Mais ces deux dernières opérations supposent pour être effectuées valablement que les sommes nécessaires à leur réalisation ont été prélevées sur les bénéfices ou les réserves et non sur le capital social. Elles aboutissent dès lors à restituer à l'associé le montant de son apport, plutôt que l'apport lui-même (P. Veaux-Fournerie, *op. cit.*, n° 97).

On doit toutefois remarquer que dans certaines sociétés, l'associé peut *au cours de la vie sociale* se retirer de la société en reprenant son apport : une telle faculté lui est reconnue dans les sociétés à capital variable, forme juridique adoptée par les *coopératives* (v. loi 24 juill. 1867, art. 52; loi 10 sept. 1947, art. 18; Houpin et Bosvieux, *Soc.*, t. II, nos 1572 et s.; Ripert, *Dr. com.*,

Et le même problème se retrouve sous un aspect un peu différent, lorsque la société n'a pas été valablement constituée, car dans ce cas également il y a lieu de procéder à une liquidation.

A) Restitution des apports aux associés en cas de dissolution de la société.

270. — La matière du partage des sociétés est commandée par la solution que l'on donne à une question fondamentale fort débattue par les auteurs. Doit-on, en effet, une fois les créanciers désintéressés, partager la totalité du fonds social suivant les bases de répartition déterminées par les statuts en ce qui concerne les bénéfices, ou faut-il préalablement à toute distribution sur ces bases autoriser les associés à reprendre leurs apports ? (1)

Au cours du XIX[e] siècle la doctrine semble n'avoir généralement pas reconnu à l'associé de droit particulier pour reprendre les apports effectués en pleine propriété. C'est ainsi qu'Aubry et Rau (2) écrivent : « La masse commune se partage, entre les associés, dans la proportion de leurs parts dans les bénéfices »; nulle allusion n'est faite à une restitution préalable des apports. La même opinion se retrouve dans l'ouvrage de Baudry-Lacantinerie et Wahl (3), ces auteurs déclarant : « Après le prélèvement des sommes nécessaires à l'acquittement des dépenses sociales, le surplus est réparti entre les associés à titre de bénéfices ».

n° 1458; R. HOUIN, *Le statut des coopératives*, Rép. gén. Not. 1948, art. 26573, n° 17, p. 70). De même l'associé exclu d'une coopérative peut reprendre les apports qu'il a faits à la société. Une difficulté particulière a surgi lorsque ces apports sont des apports en nature. La Cour de cassation a eu récemment à se prononcer sur le point de savoir si l'associé exclu d'une coopérative ouvrière de production pouvait reprendre en nature le bien qu'il avait apporté (Cass. com., 17 mars 1952, J.C.P. 1953.II.7359). La haute juridiction a décidé que dans cette hypothèse l'associé avait droit seulement au remboursement *en espèces* de la valeur des parts sociales qui lui avaient été remises en rémunération de son apport. Cette solution mérite d'être approuvée, car si l'on admettait une restitution en nature des apports au cours de la vie sociale, cela entraînerait pour la société coopérative des conséquences regrettables en la privant de biens qui sont peut-être indispensables à son bon fonctionnement (cf. chronique D. VEAUX, *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 683 et 684).

270. — (1) Il n'existe du reste de difficultés qu'à l'égard des apports en propriété, car en ce qui concerne les apports en jouissance l'associé possède le droit de les reprendre selon des modalités qui seront envisagées dans un prochain développement. — V. *infra* n° 271.

(2) *Cours de droit civil*, t. IV (4[e] éd.), § 385.

(3) *De la société, du prêt et du dépôt*, n° 245.

Une telle solution n'est pas satisfaisante, car comme le remarque à très juste titre P. Pic, qui l'un des premiers réagit contre cette conception ancienne, l'associé même quand il fait un apport en propriété n'entend pas se dessaisir irrévocablement du bien mis en société : il espère le reprendre en nature lors de la dissolution de la personne morale, ou à tout le moins en reprendre la valeur (4). Un des traits caractéristiques de l'apport est en effet ce que M. Hamel appelle la précarité (5). Malgré la transmission de propriété effectuée au profit du patrimoine social, l'apporteur entend ne pas se dépouiller définitivement de toute prérogative sur son bien.

Un développement précédent (6) a permis de montrer à cet égard que l'état d'esprit de l'associé est très différent selon la forme de la société à laquelle il adhère. Celui qui met un bien à la disposition d'une société de personnes aura le sentiment d'en demeurer dans une certaine mesure propriétaire, malgré la personnalité morale de la société. Au contraire celui qui a obtenu en contre-partie de son apport des actions d'une société anonyme n'aura généralement pas l'espoir de retrouver un jour son bien en nature si la société vient à se dissoudre, mais du moins est-il légitimement en droit de compter qu'il retrouvera son apport en valeur, si toutefois l'exploitation sociale se déroule de manière satisfaisante.

271. — Aussi conçoit-on qu'aujourd'hui la doctrine incline à scinder en deux phases les opérations de partage de l'actif net d'une société dissoute : d'abord doit intervenir le remboursement aux associés du montant de leurs apports, et ensuite la répartition des éléments restants qui correspondent aux plus-values et aux bénéfices accumulés et qui doivent dès lors être partagés selon les règles suivies pour les distributions de bénéfices (1).

Cette solution mérite entièrement d'être approuvée : en conférant à l'associé le droit de reprendre ses apports ou au

270. — (4) Pic (et Kréher), *Soc. com.*, t. 1, n° 684.
(5) Hamel, *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. critique, 1930, p. 185.
(6) V. *supra*, n^{os} 99 et s.

271. — (1) En faveur de la division des opérations de partage en deux phases, v. particulièrement Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n^{os} 310 et suiv. — Cf. également Pic et Kréher, *Soc. com.*, t. I, n° 684; Lacour et Bouteron, *Dr. com.*, t. I, n° 365; Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.*, t. II-1, n° 422; Ripert, *Dr. com.*, n° 707; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 490 — Il convient de noter cependant que, parmi ces auteurs, certains (Lyon-Caen et Renault, Pic et Kréher), tout en admettant la possibilité pour les associés de reprendre au moins en valeur leurs apports en propriété, font intervenir, préalablement à cette reprise, l'opération de distribution des bénéfices accumulés.

moins leur montant, avant toute autre distribution de l'actif social, elle tient le plus grand compte des éléments de la nature juridique de l'apport et notamment du caractère précaire que l'on doit reconnaître à cet acte juridique.

Bien entendu les associés, qui ont fait un apport en propriété, ne pourront effectuer la reprise de celui-ci qu'après complet paiement des créanciers sociaux. Sur ce point la situation des apporteurs en jouissance est toute différente. D'abord si l'apport en jouissance concerne un corps certain, l'associé reprendra ce bien en nature et son droit de reprise primera en ce cas les droits des créanciers sociaux : en effet l'apporteur en jouissance doit être réputé avoir conservé la propriété du corps certain qu'il a mis à la disposition de la société. La propriété de ce bien n'ayant pas été transférée au patrimoine social, ledit bien n'est pas entré dans le gage des créanciers sociaux et ceux-ci ne peuvent pas s'opposer à l'exercice par l'apporteur en jouissance de son droit de reprendre le bien apporté, si du moins ils ont été prévenus que l'apport était effectué pour la jouissance seulement.

Si l'apport en jouissance concernait une chose fongible, une somme d'argent par exemple. la société en est devenue propriétaire par application des règles du quasi-usufruit : le droit de l'apporteur en jouissance n'est plus alors qu'un droit de créance et cet associé viendra, pour la reprise du bien mis en société, en concours avec les autres créanciers chirographaires. Cependant la jurisprudence reconnaît à l'associé le droit de garantir à son profit la restitution de son apport en jouissance de choses fongibles, au moyen d'une sûreté conventionnelle, telle qu'une hypothèque qui lui permettra d'échapper à la loi du concours (2).

272. — Ainsi ce n'est qu'après la reprise par les apporteurs en jouissance des biens mis à la disposition de la société et l'extinction du passif social, qu'interviendra la restitution aux associés des apports qu'ils ont effectués en propriété. Et le problème se pose alors de savoir si cette restitution doit s'opérer *en nature* ou *en valeur ?*

La doctrine ne prévoit généralement qu'une restitution en valeur, sauf disposition contraire des statuts ou accord unanime des associés pour permettre la reprise en nature (1).

Une telle solution paraît admissible dans les sociétés de capitaux : les actions d'apport et les actions de numéraire des

271. — (2) Cass. req., 1er févr. 1921, S. 1922.I.166. — V. *supra* n° 125.

272. — (1) Escarra et Rault, *Soc. com.*, t. I, n° 311; Escarra, *Cours*, n° 665, p. 395, texte et note 2; Hamel et Lagarde, *Dr. com.*, t. I, n° 490; Beudant, *Cours de droit civil*, t. XII, n° 515 *in fine*; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, 2e éd., p. 356, note 2. — Rappr. Cass. com., 17 mars 1952, J.C.P. 1953. II. 7359.

sociétés anonymes sont assimilées après le délai de deux ans pendant lequel les actions d'apport restent attachées à la souche. On ne conçoit guère lors de la dissolution d'une telle société l'existence de reprises en nature d'apports dont la propriété a été transférée à la société. Du reste on peut admettre qu'en acceptant des actions librement négociables, l'apporteur s'est désintéressé du sort des biens qu'il a mis en société (2). Dès lors chaque action de capital recevra à titre de remboursement d'apport une somme d'argent équivalant à sa valeur nominale ; les actions de jouissance seront exclues de cette première distribution puisque le remboursement des apports est intervenu pour les titulaires de ces titres au cours de la vie sociale. De même du fait qu'elles ne correspondent pas à des apports proprement dits, les parts bénéficiaires ne participeront pas à cette répartition initiale. Ensuite l'actif restant (c'est-à-dire ce que l'on appelle le boni de liquidation) sera réparti, selon les dispositions statutaires, entre les ayants droits déterminés par le pacte social.

273. — Par contre il semble logique d'admettre dans les sociétés de personnes une beaucoup plus grande extension de la reprise en nature des apports même effectués en propriété. Il ne faut pas exagérer dans ces sociétés l'importance de la personnalité morale du groupement : l'associé conserve, malgré l'apport, le sentiment d'être resté propriétaire du bien mis en société (1). Souvent ce bien comportera un certain *intuitus personæ* : un fonds de commerce, qui aura été exploité pendant toute la durée de la société par l'associé qui en a fait apport, devrait logiquement revenir à celui-ci lors de la liquidation et il apparaît injuste que d'autres associés par exemple des apporteurs de numéraire qui n'ont participé qu'épisodiquement à la gestion des affaires sociales puissent s'opposer à cette restitution en nature et exiger la licitation.

Certes, la restitution en nature des apports aux associés présente un inconvénient grave en période d'instabilité monétaire, si on ne lui applique aucun tempérament. Ainsi l'on pourrait concevoir l'hypothèse d'une société de deux membres constituée avant la dernière guerre et dans laquelle l'un des associés aurait fait apport d'un fonds de commerce, l'autre d'une somme d'argent, ces deux apports étant réputés à l'époque avoir une valeur identique. Si la société vient à être liquidée actuellement, le fonds de commerce possède vraisemblablement du seul fait de la dépréciation monétaire une valeur de quinze à vingt fois supérieure à celle qu'il avait lors de la constitution. On voit qu'il serait particulièrement inique d'attribuer, à titre de restitution d'apports, ce fonds à celui qui l'a mis en société, tandis

272. — (2) V. *supra* n° 99.

273. — (1) V. *supra* n° 100.

que l'on ne donnerait à l'apporteur de numéraire en remboursement de sa mise qu'une somme d'argent identique dans son montant à celle de son apport, mais consistant en monnaie dévaluée. En effet la somme d'argent remise par l'apporteur de numéraire aura permis l'acquisition d'éléments du patrimoine social qui eux aussi se sont valorisés. Comment admettre qu'il doive partager cette plus-value avec son co-associé, alors que ce dernier profiterait seul de la plus-value dont a bénéficié son propre apport ?

On arrive ainsi à considérer que s'il est souhaitable de permettre aux apporteurs de biens autres que des sommes d'argent une reprise de leurs apports lorsque ceux-ci n'ont pas été aliénés durant le cours de la vie sociale, il est nécessaire de sauvegarder les intérêts des apporteurs de numéraire (2). La solution la meilleure semble donc, dans les sociétés de personnes, d'autoriser les apporteurs à reprendre en nature les biens mis par eux en commun, mais en obligeant ces apporteurs à verser dans la caisse sociale en cas de plus-value du bien apporté le montant de la différence entre l'estimation donnée à ce bien dans les statuts et sa valeur réelle au moment de la liquidation (3).

Naturellement la somme qui devrait être ainsi versée pourrait le cas échéant être réglée jusqu'à due concurrence par compensation avec le montant des bénéfices revenant à l'apporteur en nature au titre de partage du boni de liquidation. On parvient ainsi, semble-t-il, à un résultat assez harmonieux, permettant de sauvegarder les divers intérêts en présence. De plus la restitution aux associés de leurs apports en nature est la solution la plus économique au point de vue fiscal, puisqu'en vertu de la fiction de la mutation conditionnelle, l'Administration ne perçoit le droit de mutation que si le bien mis en société est attribué lors de la dissolution à un associé autre que celui qui en a fait apport (4).

Est-ce à dire que, dans le silence des statuts, la solution qui vient d'être proposée puisse être adoptée par les tribunaux ? Ce n'est pas certain, en présence d'une doctrine dominante pour laquelle la restitution des apports doit normalement s'effectuer en valeur, la restitution en nature supposant une disposition

273. — (2) Rappr. note R. Plaisant sous Cass. civ., 28 juillet 1947, S. 1948.I.193.

(3) Si comme le cas peut se présenter dans les sociétés à responsabilité limitée, il a été procédé à une réévaluation du bilan suivie d'une augmentation du capital social et de la valeur nominale des parts, les apporteurs de numéraire recevront à titre d'apport une somme supérieure à celle initialement versée : dès lors l'apporteur reprenant en nature le bien qu'il a mis en société ne devra au plus verser que la différence entre la somme des montants nominaux des parts qu'il détient et la valeur réelle du bien.

(4) V. *supra* n° 91.

statutaire expresse ou l'accord de tous les associés. Mais du moins est-il hors de doute qu'une clause du pacte social peut permettre à l'apporteur de la propriété d'un bien, de reprendre ce bien en nature au cas où lors de la dissolution de la société ledit bien figurerait dans l'actif partageable (5).

On ne saurait donc trop conseiller aux associés, désireux de reprendre en nature leurs apports au moment de la liquidation de la société, l'insertion dans les statuts d'une clause leur reconnaissant cette faculté. Mais par ailleurs étant donné les dangers que pourrait présenter une telle clause pour les apporteurs de numéraire en période d'instabilité monétaire, ceux-ci devront demander que soit prévu le cas des plus-values tout au moins apparentes dont pourra bénéficier le bien apporté, de manière à éviter que la restitution en nature n'aboutisse à favoriser injustement les apporteurs de biens autres que des sommes d'argent.

La clause de restitution en nature des apports aux associés trouve normalement application en cas de dissolution de la société. Mais elle pourrait éventuellement être exécutée dans l'hypothèse de nullité de la société, du moins quand on applique à la liquidation, qui intervient alors, les stipulations du pacte social.

B) Restitution des apports en cas de nullité de la société.

274. — Lorsqu'une société vient à être déclarée nulle, il arrive souvent qu'un certain fonds commun ait déjà été constitué et sa liquidation apparaît alors nécessaire. Mais les causes de nullité étant très variées, leur régime est de ce fait fort complexe. Diverses hypothèses doivent donc être distinguées selon le vice qui empêche le contrat de produire effet valablement.

275. — Quand la société est annulée par suite de *l'incapacité* de l'un des associés, l'incapable doit être remis dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été procédé à la constitution de la société (1). Même si la société a fonctionné pendant un certain temps, elle devra être réputée n'avoir produit aucun effet à son égard. L'incapable reprendra ses apports francs et quittes de toute charge, mais il ne saurait avoir aucun droit sur les bénéfices qui auront pu être réalisés par la société (2). En effet on ne concevrait pas qu'une participation aux bénéfices lui soit reconnue, alors que toute contribution aux pertes lui sera épargnée. Quant aux coassociés de l'inca-

273. — (5) V. Trib. civ. Marseille, 21 nov. 1896, *Rev. Soc.*, 1897, p. 504.

275. — (1) Trib. com. Alger, 30 janv. 1924, *Rev. Soc.*, 1925, p. 388.

(2) HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 116; ESCARRA et RAULT, *Soc. com.*, t. I, n° 183.

pable, la société sera liquidée entre eux selon les règles des sociétés de fait. Cependant s'il s'agissait d'une société de capitaux et que l'apporteur incapable ait pu être remplacé par un associé remplissant les conditions de capacité requises, la société pourrait valablement continuer à exister, tout au moins si l'apport repris par l'incapable n'était pas un apport en nature (3).

Les mêmes principes régissent l'hypothèse où le consentement d'un apporteur a été vicié. Cet apporteur pourra donc reprendre son apport dans les conditions qui viennent d'être décrites en matière d'incapacité. Toutefois si le vice entachant le consentement de l'associé est un dol, émanant de ses co-associés ou des représentants de la société, ce dol sera inopposable aux créanciers sociaux : ceux-ci pourront donc contraindre l'associé victime du dol à verser les sommes qu'il devrait encore à titre d'apport. Mais *inter partes* l'associé dont le consentement a été surpris par dol aura un recours contre la société ou contre ses coassociés auteurs du dol. Par ce recours il cherchera à obtenir la restitution de son apport et éventuellement des sommes versées en sus aux créanciers à titre de participation aux pertes.

276. — La liquidation des sociétés nulles pour *illicéité du but poursuivi* ou parce que certains apports concernent des biens insusceptibles d'être exploités en société donne lieu à plus de controverses. Trois ou quatre systèmes différents se partagent la doctrine à ce sujet (1). Mais à vrai dire, au point de vue de la reprise des apports, une seule question apparaît essentielle, celle de savoir si dans certains cas les membres d'une société illicite pourront lorsqu'ils demanderont la liquidation de cette société et la restitution de leurs apports, se voir opposer une fin de non-recevoir tirée de la règle « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ».

En effet en s'appuyant sur certains arrêts de la Cour de cassation refusant toute action en justice fondée sur un contrat dont la cause est immorale (2), on pourrait songer à distinguer le cas où la société présente un caractère illicite *stricto sensu* et celui où il existe une *causa turpis*. Dans l'hypothèse d'une société comportant la mise en commun d'offices ministériels, les associés reprendraient leurs apports et le patrimoine social serait liquidé comme une communauté de fait. Au contraire dans les sociétés présentant un caractère immoral, comme le sont celles constituées pour l'exploitation de maisons de tolérance,

275. — (3) V. *supra* n° 180.

276. — (1) Sur l'exposé critique de ces différents systèmes, v. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, nos 66 et s.; PIC et KRÉHER, *Soc. com.*, t. I, nos 437 et s.

(2) V. p. ex. Cass. civ., 15 décembre 1873, D.P. 1874.I.222.

on refuserait, en vertu de l'adage « *Nemo auditur...* », de faire droit à la demande des apporteurs qui réclameraient la restitution des biens livrés par eux à la société.

Cette dernière solution est généralement condamnée aujourd'hui par la doctrine qui considère qu'en refusant aux apporteurs toute action en répétition par application de la règle « *Nemo auditur...* » on aboutit à des conséquences inadmissibles (3). Il semble donc qu'il faille admettre qu'une société illicite ou immorale doit, dès lors qu'elle a fonctionné, être liquidée en tant que *communauté de fait,* c'est-à-dire proportionnellement aux apports des associés. Mais il ne saurait y avoir application ici des règles des *sociétés de fait,* grâce auxquelles on tient compte au moins partiellement des dispositions du pacte social : en effet dans l'hypothèse envisagée le pacte social possède une cause illicite ou immorale et ne peut dès lors être retenu comme base de la liquidation.

277. — Au contraire dans de nombreux autres cas de nullité, notamment si la nullité est due à une absence d'écrit, à un défaut d'accomplissement des formalités de publicité ou à la violation des règles particulières édictées à l'égard des sociétés anonymes et à responsabilité limitée, on appliquera la théorie des *sociétés de fait.* La liquidation s'effectuera alors selon les dispositions des statuts (1). On écartera seulement les clauses illicites éventuellement contenues dans ceux-ci et qui en tout état de cause ne pourraient produire effet. La situation se présentera donc, en ce qui concerne la restitution des apports aux associés, de la même manière qu'en cas de dissolution. Mais si les actes passés par les représentants de la société sur les biens apportés par les associés demeurent en principe valables, ces actes pourront toutefois être déclarés inopposables aux créanciers personnels de l'apporteur. A leur égard la Cour de cassation a en effet admis dans un arrêt du 20 novembre 1901 (2) que « les biens immeubles qui ont été apportés à une société annulée doivent être réputés n'être jamais sortis du patrimoine de l'apporteur et être restés le gage de ses créanciers personnels ».

276 — (3) Pic et Kréher, *Soc com.,* t. I, n° 439; Hémard, *Nullités de sociétés,* n° 69.

277. — (1) Cf. J. Déprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques,* Thèse (ronéotypée) Rennes 1953, t. I, nos 310 et s.

(2) Cass. req. 20 nov. 1901, D.P. 1907. I. 217.

CONCLUSION

278. — L'étude de la notion d'apport en société et celle du régime juridique de cette opération permettent de faire ressortir que l'apport doit en règle générale remplir une double fonction : d'une part mettre à la disposition de la société des biens utiles à l'exploitation sociale et d'autre part assurer aux créanciers sociaux un gage réel et réalisable en argent. Or il est certain que les divers biens ou prestations qui sont retenus comme étant susceptibles de constituer l'objet d'apports en société ne remplissent pas tous de la même manière cette double fonction. En particulier certains biens ou certaines prestations présentent une grande utilité pour la société sans cependant pouvoir constituer pour les créanciers un gage suffisant. C'est le cas de l'apport en industrie. C'est également le cas dans une certaine mesure de l'apport en jouissance.

Lorsque l'apport d'un bien est effectué en jouissance au lieu de l'être en propriété, il est permis de dire que l'utilité que la société retirera du bien n'est guère diminuée : tout au plus la personne morale, du fait qu'elle n'acquiert pas le droit de céder le bien, voit-elle ses pouvoirs limités à l'égard de ce bien. Mais s'il s'agit d'un bien indispensable à l'exploitation sociale, le problème de sa cession à un tiers est par hypothèse exclu : au point de vue de cette exploitation, l'utilité procurée à la société par la mise à sa disposition du bien sera la même, que l'apport ait été effectué en propriété ou en jouissance.

Au contraire la situation des créanciers sociaux est très différente selon la forme qu'aura revêtu l'apport. C'est seulement si la propriété du bien a été transférée à la société que les créanciers pourront faire vendre le bien afin de se faire payer sur le prix (1). De même s'il s'agit d'un apport en industrie, les créanciers sociaux n'auront aucune possibilité de négocier la prestation qui en fait l'objet.

278. — (1) Tout au plus pourrait-on admettre en cas d'apport en jouissance que les créanciers puissent faire vendre, sinon le bien mis à la disposition de la société, du moins le droit de jouissance conféré à la société sur ce bien. Cependant une telle vente apparaît fort difficile à réaliser en pratique.

Ainsi, puisque certains apports tout en présentant une utilité incontestable pour la société ne procurent pas aux créanciers le gage réel qu'ils sont en droit d'attendre, on se heurte à de notables difficultés lorsqu'il s'agit d'admettre ces apports dans les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, personnes morales dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée à leur apport. Le présent ouvrage a montré la solution assez pragmatique à laquelle on aboutit en droit français en ce qui concerne ces sociétés : les apports en industrie ne peuvent donner lieu à des attributions d'actions ou de parts sociales ; au contraire une telle attribution est admise en échange d'un apport en jouissance ou de l'apport de certains biens présentant une valeur malgré tout assez aléatoire tels que les brevets ou les promesses de vente.

De lege ferenda une telle solution apparaît regrettable à un double point de vue. D'une part l'exclusion de l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ne peut être que déplorée en raison des mérites que l'on doit reconnaître à ce facteur essentiel que constitue l'activité déployée par tous ceux qui travaillent à la bonne marche d'une entreprise. D'autre part on peut regretter que soient inclus dans le capital social, gage intangible des créanciers de la personne morale, des biens qui ne sont pas aisément réalisables en argent.

La meilleure solution serait de renoncer à faire du capital à la fois la somme des apports et celle des droits sociaux. Le capital ne devrait être dans toutes les sociétés que la somme de certains apports : ceux qui présentent une utilité réelle à la fois pour la société et pour les créanciers sociaux. Quant aux apports qui ne constituent pas un gage suffisant pour les créanciers sociaux tout en étant susceptibles de rendre d'utiles services à la société, ils ne seraient pas interdits, mais seulement exclus du capital social. Ils donneraient lieu à une attribution de droits sociaux extérieurs au capital. Dès lors les créanciers ne seraient pas lésés, bien que de tels apports ne constituent pas un gage sûr à leur égard : en effet les crénciers ne sauraient compter de manière certaine que sur les apports intégrés dans le capital social. Tout au plus pourrait-on de manière à éviter un trop grand développement de cette seconde catégorie d'apports décider que dans une société donnée il ne devrait pas être créé en contre-partie de ceux-ci plus d'actions ou de parts sociales qu'il en aurait été créé en contre-partie des apports de la première catégorie.

Les actions ou parts sociales correspondant aux deux catégories d'apports auraient les mêmes droits avec cette seule différence que celles faisant partie du capital social permettraient à leur porteur de toucher un premier dividende et de

bénéficier en cas de dissolution de la société d'une première répartition égale au montant des apports effectués par eux.

L'admission de droits sociaux extérieurs au capital, dans tous les types de sociétés, donnerait plus de souplesse au droit français des sociétés. Bien entendu il ne saurait être question de faciliter par là certaines fraudes telles que l'attribution d'actions en rémunération d'apports fictifs. Les deux catégories d'apports devraient, notamment dans les sociétés anonymes, être soumis à un contrôle strict. Mais ce contrôle aurait pour but en ce qui concerne les apports faisant partie du capital de déterminer si le bien envisagé assure aux créanciers un gage effectif, alors qu'en ce qui concerne les apports extérieurs au capital il serait seulement nécessaire de déterminer si le bien apporté présente de l'utilité pour la société.

279. — Une autre amélioration du droit français des sociétés doit semble-t-il être recherché dans l'établissement d'une plus grande différence entre le régime des *sociétés de personnes* et celui des *sociétés de capitaux*. On est frappé en effet que l'apport en propriété soit en droit positif considéré comme ayant des effets sensiblement identiques dans tous les types de sociétés personnes morales. Il n'est guère tenu compte de l'état d'esprit de l'apporteur, pourtant très différent selon les cas. La reprise en nature des apports dans les sociétés de personnes qui devrait être la règle générale est subordonnée par la doctrine à l'existence d'une clause expresse du pacte social. Et ce n'est encore qu'avec une certaine réserve que l'on envisage aujourd'hui la limitation des conséquences de la personnalité morale dans les sociétés que domine l'*intuitus personæ*.

Il est permis de souhaiter que de plus en plus l'apport effectué au profit d'une société de personnes soit considéré comme une simple mise en commun temporaire, alors qu'au contraire dans les sociétés de capitaux l'apport en propriété doit tendre à se rapprocher toujours davantage de la vente. La remise d'actions librement négociables et donnant lieu à une cotation régulière en Bourse n'est-elle pas très proche du versement d'un prix, alors que l'attribution d'une part d'intérêt conférant des droits de gestion étendus laisse à l'apporteur de larges prérogatives à l'égard de son apport ?

Le régime juridique de l'apport, notamment l'organisation de la reprise des apports par les associés, devrait être dominé par cette idée. Ainsi une personne désirant mettre un bien en société aurait-elle pleinement le choix entre les deux situations qu'il est permis d'opposer *de lege ferenda* : celle d'*associé-propriétaire* et celle d'*associé-créancier*.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALLIX (E.) et LECERCLÉ (M.), *Les droits d'enregistrement*, Paris, Rousseau, 1933.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *De la société, du prêt et du dépôt*, 3e éd., 1907.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÉRE, t. XII : *Contrats civils divers*, par R. RODIÈRE et A. PERCEROU, Paris, Ed. Rousseau, 1947.

BRUNETTI (A.), *Trattato del diritto delle societa*, 2e éd., t. I, Milan, 1948.

COHEN (A.), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2 vol., Paris, Sirey, 1948.

COMMISSION DE RÉFORME DU CODE DE COMMERCE ET DU DROIT DES SOCIÉTÉS, *Travaux*, vol. II, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.

COPPER-ROYER et ses fils, *Traité des sociétés*, t. I, *Historique de la notion de société ;* — t. II, *Principes généraux*, Paris, Sirey, 1938-1939.

ESCARRA (J.), *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952.

ESCARRA (J. et E.) et RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. I (1950), II (1951) et III (1955), Paris, Sirey.

FRÉDÉRICQ (L), *Traité de droit commercial belge*, t. IV, V et VI : *Les sociétés commerciales en droit belge*, Gand, Ed. Fecheyr, 1950.

HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, Dalloz, 1954.

HÉMARD (J.), *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2e éd., Paris, Sirey, 1926.

HOUIN (R.), *Cours de droit commercial* (Licence 3e année) professé à la Faculté de droit de Rennes (polycopié).

HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol., 7e éd., Paris, Sirey, 1935 (supplément 1937).

JOLY (A.), *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes*, Paris.

JURIS-CLASSEUR DES SOCIÉTÉS, Paris, Editions techniques.

LACOUR (L) et BOUTERON (J.), *Précis de droit commercial*, 3e éd., 2 vol., Paris, Dalloz, 1925.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, 5e éd., 8 vol., en particulier t. II-1 et II-2, *Des sociétés*, avec le concours d'A. AMIAUD, Paris, L.G.D.J. 1921-1936.

MAGUERO (E.-A.), *Traité alphabétique de l'enregistrement*, 3e éd., 1930, avec supplément 1937.

MOSSA (L.), *Trattato del nuovo diritto commerciale*, t. II, *Societa commerciali personali*, Padoue, 1951.

PIC (P.), *Des sociétés commerciales*, t. I et II, 3e éd., avec le concours de J. KRÉHER ; t. III, 2e éd., Paris, Rousseau.

PIC (P.) et BARATIN (F.), *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2e éd., 1929, suppléments 1933 et 1937, Paris, Marchal et Billard.

PILON (E.), *Droits d'enregistrement*, t. I, Paris, Dalloz, 1929.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. XI : *Contrats civils*, avec le concours d'A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LÉPARGNEUR, A. BESSON, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954.

POTHIER, *Traité du contrat de société*.

RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1954.

ROUSSEAU (J.), *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, Paris, Librairies techniques, 1952.

ROUSSEAU (R.), *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 5e éd., 2 vol., Paris, Librairie Rousseau, 1921.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, vol. I et II, Walter de Gruyter et C°, Berlin et Leipzig, 1926.

THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd. mise à jour par J. PERCEROU, Paris, 1931.

TROPLONG. *Du contrat de société civile et commerciale*, 2 vol., Paris, 1843.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

AMIAUD (A.), *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, 1912.

BÉNOIT (F.-P.), *Les contrats passés au nom des sociétés anonymes en formation*, Thèse (dactylographiée), Rennes, 1943.

BRAESCO (J.), *Les caractères généraux de la société dite « partnership »*, Thèse, Paris, 1923.

CHALARON (L.), *L'augmentation du capital social par incorporation de réserves dans les sociétés anonymes*, Thèse, Strasbourg, 1935.

CONSEIL (M.), *La souscription et le versement dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, 1939.

COSNARD (H.-D.), *L'irréductible droit agricole*, Thèse (ronéot.), Paris, 1949.

COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1949.

GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société*, Thèse, Lyon, 1932.

HARDOIN (J.), *Les apports aux associations de la loi du 1er juillet 1901*, Thèse, Rennes, 1933.

HAUTCŒUR (R.), *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés (Apports en jouissance — Apport en travail)*, Thèse, Lille, 1928.

HOURTOULLE (J.), *Le contrat de souscription*, Thèse, Bordeaux, 1942.

HYBORD (J.), *Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée*, Thèse, Lyon, 1931.

JOFFROY (P.), *Des réserves et de leur incorporation au capital social*, Thèse, Toulouse, 1944.

JUGLART (M. de), *Droit rural*, 3 vol., Paris, Librairies techniques, 1949-1951.

LÉPARGNEUR (H.), *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Dalloz, 1951.

LEROUX (O.), *Les sociétés et le statut des baux ruraux*, Thèse (dactylographiée), Rennes, 1952.

LESCOT (P.), *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé,* Thèse, Dijon, 1913.

LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de sociétés,* Thèse, Rennes, 1947.

PERCEROU (J.), *Des fondateurs de sociétés anonymes,* Thèse, Dijon, 1896.

PEYRE (R.), *Les apports en société,* Thèse (dactylographiée), Montpellier, 1943.

RICOL (J.), *La co-propriété en main commune (Gesammte Hand),* Thèse, Toulouse, 1907.

ROUAST (J.), *La notion d'apports en nature,* Thèse (manuscrite), Paris, 1949.

ROUSSELET (M.) et PATIN (M.), *Délits et sanctions dans les sociétés par actions,* Paris, Sirey, 1938.

SCORDEL (J.), *Les apports en nature dans les sociétés par actions,* Thèse, Paris, 1930.

SEBAG (L.), *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance,* Thèse, Paris, 1938.

SOLUS (H.), *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, Paris, Sirey, 1938.

TREILLARD (J.), *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers,* Thèse, Bordeaux, 1951.

VANDAMME (J.), *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions,* Thèse, Paris, 1928.

VEAUX (D.), *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales,* Thèse, Rennes, 1945.

VEAUX-FOURNERIE (P.), *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice,* Thèse, Rennes, 1953.

VITALE (V.), *Societa personali e contitolarita di diritti,* Ed. Eugenio Jovene, Naples, 1950.

WEILL (A.), *Apport d'un fonds de commerce en société,* J.-Cl. Sociétés, fasc. 13 (1950).

III. — ARTICLES DE REVUES

BAGNERIS (R.), *La publicité des mutations des fonds de commerce et notamment des apports en société,* J. Soc. 1950, p. 321.

BARATIN (A.F.), *De la prime d'émission d'actions,* Rev. Soc. 1920, p. 65 et s.; 1921, p. 1.

BAYART (P.), *Les apports en société et le privilège du Trésor en matière de contribution extraordinaire,* J. Soc. 1923, p. 49 et 97.

BONNECASE (J.), *De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation,* Ann. dr. com., 1908, p. 5.

BOSVIEUX (H.), *Des conséquences de la nullité d'une augmentation du capital dans les rapports des anciens et des nouveaux actionnaires,* J. Soc. 1908, p. 481.

BOSVIEUX (H.), *De l'augmentation du capital des sociétés à responsabilité limitée,* J. Soc. 1926, p. 321.

BOURCART (G.), *Les modifications aux statuts et la loi du 22 novembre* 1913, Ann. dr. com., 1914, p. 89, 171, 255, 337.

BUCHÈRE (A.), *Souscription d'actions non libérées comme emploi des deniers d'un mineur,* Ann. dr. com., 1888. II. 157.

CANTENOT (G.), *L'apport en société d'un brevet d'invention,* J. Soc. 1952, p. 257.

CORDONNIER (P.), *Faut-il évaluer les apports en nature lorsqu'une société en nom collectif prend la forme « à responsabilité limitée » ?,* J. Soc. 1937, p. 129 et s.

CORDONNIER (P.), *Augmentations de capital « sans apports extérieurs »,* D. 1948, chr. p. 9.

DESBOIS (H.), *Les apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée,* Rev. critique, 1929, p. 299.

GEORGE (G.), *La loi du* 12 *août* 1942 *modifiant le régime fiscal des incorporations de réserves.* J. Soc. 1943, p. 161.

GOUGELOT (H.), *Les conditions de constitution de sociétés pour l'exploitation d'immeubles ruraux,* J.C.P. 1947 (ed. N.). I. 615.

HAMEL (J.), *L'affectio societatis,* Rev. trim. dr. civ. 1925, p. 761.

HAMEL (J.), *Quelques observations sur les primes d'émission,* Rev. critique, 1930, p. 177.

HENRY (A.), *Des sociétés de sociétés,* J. Soc. 1919, p. 161.

HOUPIN (C.), *Société anonyme — Transformation de fonds de réserve en actions, à titre d'augmentation du capital social,* J. Soc. 1901, p. 49.

HOUPIN (C.), *De l'apport en société de biens appartenant à des mineurs ou à des interdits,* J. Soc. 1905, p. 481.

HOUPIN (C.), *Du consentement nécessaire à la réalisation d'apports en nature par une société par actions,* J. Soc. 1928, p. 641.

HOUPIN (C.), *De l'apport de jouissance ou de nue-propriété à une société par actions ou à responsabilité limitée contre l'attribution d'actions ou de parts de capital,* J. Soc. 1931, p. 129.

HOUPIN (C.), *De la situation des actionnaires et des créanciers en cas de fusion de sociétés, en ce qui concerne le règlement du passif de la société absorbée,* J. Soc. 1933, p. 449.

JOSSERAND (L.), *Essai sur la propriété collective,* Livre du centenaire du Code civil, p. 357.

LACAN (R.-A.), *La libération des actions d'un souscripteur en faillite,* Rev. Soc. 1948, p. 383.

LECOMPTE (H.), *De la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée,* J. Soc., 1949, p. 5.

LYON-CAEN (L.), *De l'émission d'actions au-dessus du pair,* Rev. Soc. 1909, p. 185.

PIC (P.), *Des sociétés anonymes à participation ouvrière.* J. Soc. 1917, p. 287.

PIC (P.), *Des assemblées générales extraordinaires,* Rev. Soc. 1922, p. 345, 423 et 495 ; 1923, p. 183 et 259.

PIC (P.), *De la simulation dans les actes de société,* D.H. 1935, chr. p. 33.

SCHWAB (P.), *Quelques considérations sur l'apport en jouissance dans les sociétés de capitaux,* L'informateur du chef d'entreprise, 1952, p. 154.

THALLER (E.), *De l'augmentation du capital par transformation en actions, soit du passif, soit des réserves de la société,* Ann. dr. com. 1907, p. 177.

THIBAULT-LAURENT (G.), *De la nature juridique de la souscription à une société anonyme,* Rev. gen. dr. com. 1942, p. 261.

VANDAMME (J.), *A propos de quelques récentes observations sur les primes d'émission,* Rev. critique, 1930, p. 653.

WAHL (A.), *De l'application aux apports sociaux de la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce,* J. Soc. 1909, p. 241 et 289.

IV. — NOTES DE JURISPRUDENCE ET RAPPORTS

ANONYME, Note sous Amiens, 26 mai 1906, S. 1909.II.9.

BASTIAN (D.), Note sous Cass. req., 25 nov. 1946, J.C.P. 1947. II.3533.

BASTIAN (D.), Note sous Cass. req., 9 juin 1947, J.C.P. 1947. II.3851.

BASTIAN (D.), Note sous Douai, 13 mars 1947, S. 1948.II.125.

BASTIAN (D.), Note sous Lyon, 5 févr. 1951, J.C.P. 1952.II.6673.

BASTIAN (D.), Note sous Aix, 31 mai 1951, J.C.P. 1952.II.6792.

BASTIAN (D.), Note sous Trib. com. Seine. 3 janvier 1951, J.C.P. 1952.II.6846.

BASTIAN (D.), Note sous Trib. civ. Metz, 13 juillet 1950, J.C.P. 1952.II.6812.

B. (D.), Note sous Grenoble, 7 juillet 1943, J.C.P. 1943.II.2416.

B. (D.), Note sous Cass. req., 12 juin 1945, J.C.P. 1946.II.3203.

B. (D.), Note sous Aix, 9 févr. 1949, J.C.P. 1949.II.5068.

B. (D.), Note sous Trib. civ. Belfort, 26 janvier 1951, J.C.P. 1952. II.6794.

BAUDOUIN (Procureur général), Rapport sur Cass. réun., 22 déc. 1904, D.P. 1905, I, 209.

BOURCART (G.), Note sous Caen, 26 juin 1912, S. 1918-19.II.49.

BOURCART (G.), Note sous Cass. req., 15 déc. 1920, S. 1922.I.17.

CORDONNIER (P.), Note sous Paris, 30 juillet 1925, *J. Soc.* 1926, p. 167.

DALSACE (A.), Note sous Trib. com. Seine, 17 janv. 1949, S. 1949.II.161.

DELISE (Conseiller), Rapport sur Cass. req., 19 juin 1882, S. 1883.I.17.

DUPIN (Procureur général), Rapport sur Cass. réun., 6 juin 1842, S. 1842.I.484.

HAMEL (J.), Note sous Conseil d'Etat, 24 mars 1926, D.P. 1928. III.5.

HOUIN (R.), Note sous Cass. com., 28 nov. 1950, S. 1951.I.173.

HOUPIN (C.), Note sous Besançon, 27 mars 1903, S. 1904.II.89.

LABBÉ (J.-E.), Note sous Toulouse, 22 juin 1872, S.1873.II.169.

L. (J.-E.), Note sous Cass. civ. 5 janv. 1886, S. 1886.I.241.

LALOU (H.), Note sous Pau, 20 févr. 1942, D.C. 1944, J. 79.

LAURENT (J.-C.), Note sous Cass. civ., 5 mars 1951, J.C.P. 1951. II.6496.

LEVILLAIN (C.), Note sous Douai, 6 août 1903, D.P. 1907.II.377.

LYON-CAEN (C.), Note sous Cass. req., 19 juin 1882, S. 1883.I.17.

LYON-CAEN (Ch.), Note sous Paris, 21 mai 1884, S. 1885.II.97.

LYON-CAEN (Ch.), Note sous Paris, 26 novembre 1885, S. 1887.

LYON-CAEN (Ch.), Note sous Cass. req., 25 oct. 1899, S.1900.I.65.

OURLIAC (P.) et JUGLART (M. de), Note sous Cass. soc., 13 mai 1949, J.C.P. 1949.II.4973.

PALMADE (M.), Note sous Paris, 23 janvier 1912, D.P. 1913.II.217.

PALMADE (M.), Note sous Caen, 26 juin 1912, D.P. 1914.II.161.

PERCEROU (J.), Note sous Besançon, 27 mars 1903, D.P. 1904.II. 241.

PERROUD (J.), Note sous Cass. req., 19 févr. 1907, S. 1912.I.217.

PIC (P.), Note sous Cass. civ., 11 avril 1927, D.P. 1929.I.25.

PIC (P.), Note sous Riom, 22 nov. 1928, D.P. 1930.II.121.,

PIC (P.), Note sous Bordeaux, 20 juillet 1931, D.P. 1933.II.129.

PIC (P.), Note sous Paris, 21 déc. 1933, D.P. 1935.II.30.

PIC (P.), Note sous Cass. civ., 17 juin 1936, D.P. 1938.I.9.

PIC (P.), Note sous Lyon, 15 mars 1935, D.P. 1938.II.49.

PILON (E.), Rapport sur Cass. req., 3 mars 1930, D.P. 1930.I.29.

PILON (E.), Rapport sur Cass. req., 8 janv. 1935, D.P. 1935.I.8.

P. (E.), Note sous Cass. req., 27 mars 1935 (2 arrêts), D.P. 1935. I.43.

PLAISANT (R.), Note sous Cass. req., 3 avril 1946, S. 1947.I.89.

PLAISANT (R.), Note sous Cass. civ., 28 juillet 1947, S. 1948.I.193.

RAULT (J.), Observations sur Trib. civ. Rouen, 12 dec. 1949, *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 82.

RAULT (J.), Observations sur Cass. civ., 5 mars 1951, *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 766.

RAULT (J.), Observations sur Trib. civ. Belfort, 26 janv. 1951, *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 357.

RAULT (J.), Observations sur Aix, 4 juillet 1951, *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 840.

RIPERT (G.), Note sous Paris, 23 décembre 1939, D.C. 1941, J. 45.

RIPERT (G.), Note sous Trib. civ. Rouen, 12 déc. 1949, D. 1950, J. 289.

RIPERT (G.), Note sous Cass. com., 28 nov. 1950, D. 1951, J. 109.

ROUBIER (P.). et CHAVANNE (A.), Observations sur Trib. civ. Lyon, 29 nov. 1951, *Rev. trim. dr. com.* 1952, p. 339.

ROUSSEAU (H.), Note sous Trib. correct. Montbrison 28 mars 1934, S. 1934.II.152.

ROUSSEAU (H.), Note sous Trib. correct. Lille, 4 janv. 1937, S. 1937.II.134.

ROUSSEAU (H.), Note sous Paris, 23 déc. 1939, S. 1940.II.1.

SAVATIER (R.), Note sous Cass. soc., 13 mai 1949, D. 1949, J. 477.

SAVATIER (R.), Note sous Trib. paritaire d'arrondissement de Pontoise, 30 nov. 1950, D. 1951, J. 356.

THALLER (E.), Note sous Cass. civ., 7 nov. 1899, D.P. 1900.I.369.

THALLER (E.), Note sous Amiens, 26 mai 1906, D.P. 1907.II.25.

VEAUX (D.), Observations sur Cass. com., 17 mars 1952, *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 683.

VOIRIN (P.), Note sous Trib. civ. Rouen, 15 mai 1928, D.P. 1929. II.5.

VOIRIN (P.), Note sous Nancy, 10 mai 1948, D. 1949, J. 252.

WAHL (A.), Note sous Cass. req., 28 janvier 1895, S. 1896.I.417.

WAHL (A.), Note sous Cass. civ., 7 juillet 1897, S. 1898.I.113.

WAHL (A.), Note sous Cass. civ., 7 nov. 1899, S. 1901.I.513.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage et non aux pages)

— A —

ABSENCE D'APPORTS, 8 et s. ; conséquences 29 et s.

ACTION EN DÉCLARATION DE SIMULATION, 202.

ACTION OBLIQUE, utilisation par les créanciers de l'apporteur, 198.

ACTION PAULIENNE, application à l'apport frauduleux, 200.

ACTIONS : d'apport, 99 (note 1), 272. — V. **Apports en nature dans les sociétés par actions.**
— industrielles, 128, 130.
— de jouissance, 130, 272.
— de prime, 130 (note 4).
— de travail, 129, 130.
— sans valeur nominale, 13.

« AFFECTIO SOCIETATIS », 8, 11, 123, 127.

ALIÉNÉS, incapacité, 151.

ALLEMAGNE, 106.

ANGLETERRE, 107.

APPORT (EN GÉNÉRAL), caractère d'acte à titre onéreux, 52, 53.
— caractère civil ou commercial, 56 et s.
— caractère commutatif ou aléatoire, 54.
— caractère provisoire, « précarité de l'apport », 71, 99.
— caractère réel ou fictif, appréciation, 18.
— caractère synallagmatique ou unilatéral, 41 et s., 49.
— diverses variétés d'apports, 5.
— élément nécessaire de la société, 8.
— et contrats voisins, 84 et s.
— qualification de l'apport en cas de silence du pacte social, 233.
— régime juridique, 133 et s.
— terminologie, 2, 3.

APPORT « A NON DOMINO », 22 et s.
— d'une chose de genre, 28.

APPORT FICTIF, 15 et s., 185.
— conséquences de la fictivité des apports, 29 et s.

APPORT FRAUDULEUX, 14, 160, 187, 192, 199 et s., 207, 208, 212, 213.

APPORT-FUSION, 215 et s.
— apport de l'actif brut, 217.
— apport de l'actif net, 216.

APPORT EN GARANTIE, 63, 130, 131, 132.

APPORT GREVÉ D'UN PASSIF, 19 et s.

APPORT EN INDUSTRIE, 5, 63, 118, 126 et s., 258, 259.
— absence d'application de la législation sociale, 127 bis.
— absence de lien de subordination, 127.
— caractère successif, 128 et s.
— comparaison avec le louage de services et le contrat d'entreprise, 126 et s.
— effectué par un commanditaire, 127 ter.
— effectué par une femme mariée, 154.
— sociétés anonymes et à responsabilité limitée, 128 et s., 278.

APPORT EN JOUISSANCE, chose d'autrui, 26.
— chose fongible, 122 et s., 271.
— corps certain, 112 et s., 234, 271.
— numéraire, 124 et s.
— réalisation de l'apport, 257.

APPORT MIXTE, 52 (note 2), 84, 144, 268.

APPORT EN NATURE DE LA JOUISSANCE D'UN BIEN, V. **Apport en jouissance.**

APPORT EN NATURE DE LA PROPRIÉTÉ D'UN BIEN, comparaison avec la vente, 85 et s., 144, 208, 260 et s., 268.
— caractère d'acte translatif de propriété, 93 et s.
— dessaisissement de l'apporteur, 96.
— effectué « a non domino », 23 et s.
— évaluation, contrôle judiciaire, 228.
V. **Surévaluation des apports en nature, Transfert de propriété.**

APPORTS EN NATURE DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS, 46, 49.
— moment du transfert de propriété, 246.
— principe de libération immédiate des actions d'apport, 115 et s., 128, 187.
— surévaluation, 171, 222.
— vérification, 171.

APPORT EN NUMÉRAIRE, 123 et s., 142, 253 et s., 246.
— société en participation, 238.
V. **Apport en jouissance, Souscription d'actions.**

APPORT A PRESTATIONS SUCCESSIVES, 115, 116, 117, 128 et s.

APPORT EN PROPRIÉTÉ. V. **Apport en nature de la propriété d'un bien.**

APPORT « A TITRE ONÉREUX », 52, 87 (note 5).

APPORT EN USUFRUIT, 113, 114, 257.

ASSOCIATIONS, 9, 165.

ASSOCIATION EN PARTICIPATION, V. **Société en participation.**

ASSURANCE et société, 10.

AUGMENTATIONS DE CAPITAL, 37, 47, 179, 181 bis, 225, 250.
— sans accroissement de l'actif social, 73 et s.

— B —

BAIL, apport d'un bail, 110, 116, 203 et s. ; bail rural, 205 ; locaux commerciaux, 204 ; locaux à usage d'habitation, 206.
— apport d'un immeuble donné à bail, 207 et s.
V. **Louage de choses.**

BELGIQUE, 180.

BIENS : inaliénables, 186.
— incorporels appartenant à un mineur, 143.
— incorporels, apport en jouissance, 109.
— insusceptibles d'exploitation en société, 185.
V. **Choses consomptibles, Choses fongibles, Choses futures, Immeubles.**

BREVETS D'INVENTION (APPORT DE), 98, 193.

— C —

CAPACITÉ : de l'apporteur, 135 et s. ; sanction de l'incapacité, 179, 180, 275.
— de la société, 135 (note 1).

CAPITAL SOCIAL, 63 et s., 124 (note 10), 220.
V. **Augmentations de capital, Réduction du capital social.**

CARACTÈRES DE L'APPORT, V. **Apport (en général).**

CAUSE de l'apport et cause de la société, 182 et s., 276.

CAUTIONNEMENT, 11 (note 3), 131, 132, 147, 214.

CHOSES CONSOMPTIBLES, 122.

CHOSES FONGIBLES, apport en jouissance, 122.
— notion, 122, 238.
— transfert de propriété, 245.

CHOSES FUTURES, apport en société, 187.
— moment du transfert de propriété, 245.

COLLABORATION (CONTRAT DE), 13.

COMMANDITAIRES, apport en industrie, 127 ter.
— caractère civil ou commercial de l'engagement du commanditaire, 57 et s., 138; 139.

COMMUNAUTÉ (RÉGIME DE), apport de biens : communs, 155 ; propres de la femme, 154, 156 : propres du mari, 155 ; réservés, 154, 156.

COMPENSATION (PAIEMENT PAR), 255.

CONCESSIONS ADMINISTRATIVES, apport en société, 186.

CONDITION, caractère conditionnel : de l'apport de choses futures, 187 ; du contrat de souscription, 49.

CONFLITS DE LOIS en matière d'apports, 94 (note 5).

CONSENTEMENT de l'apporteur, 167 et s.

CONTRAT : d'apport, V. **Convention d'apport.**
— d'entreprise, et apport en industrie, 127.
— de société, 32 et s.
— de souscription, 45, 180. V. **Souscription d'actions.**
— de travail. V. **Louage de services.**

CONVENTION D'APPORT, 33, 37, 44 et s., 181.

CO-PROPRIÉTÉ, V. « **Gesamte Hand** », **Indivision, Propriété collective.**

CRÉANCES (APPORT DE), 109, 264.
— conversion de créances en actions, 73.
— publicité, 195.

CRÉANCIERS DE L'APPORTEUR, protection, 188, 190, 198 et s., 277.

CRÉANCIERS D'UN GÉRANT DE SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION, concours avec les participants, 238 et s.

CRÉANCIERS SOCIAUX, protection, 15, 188, 220 et s., 234, 278.

CRÉDIT COMMERCIAL (APPORT DE), 131, 132.

CRÉDIT POLITIQUE (APPORT DE), illicéité, 132 (note 1).

— D —

DATION EN PAIEMENT, 255.

DISSOLUTION ET LIQUIDATION DE SOCIÉTÉS, 114, 270 et s.
— régime fiscal, 88 et s.

DOL, 173 et s.
— sanction, 179, 180, 275.

DONATION, apport d'un bien donné, 14.
— déguisée, V. **Libéralité.**

DROIT D'APPORT, V. **Droit fiscal.**

DROIT COMPARÉ, V. **Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, Italie.**

DROIT FISCAL, incorporations de réserves, 78, 79.
— parts de fondateur, 67 (note 6).
— primes d'émission, 69.
— théorie de la mutation conditionnelle, 87 et s.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, V. **Conflits de lois.**

DROIT DE PRÉEMPTION du fermier, 208 et s.

DROIT ROMAIN, 4, 8.

DROITS SOCIAUX, attribution à l'apporteur, 6, 51 et s., 266, 267.
— attribution à une personne n'effectuant aucun apport, impossibilité, 13.
— notion, 66.

— E —

ECHANGE, comparaison avec la vente et l'apport, 96, 144, 208.

EFFETS DE L'APPORT, 230 et s.

ENGAGEMENT UNILATÉRAL des apporteurs et souscripteurs dans une société anonyme, critique de la théorie de l'engagement unilatéral, 41 et s.

ENREGISTREMENT, V. **Droit fiscal.**

ENTREPRISE, 1, 2.

ERREUR, vice du consentement, 168.
— sanction, 179, 180, 275.

ETATS-UNIS, 13, 107 (note 3).

ETUDES ET DÉMARCHES faite en vue de la constitution d'une société, 17, 130 « in fine ».

EVALUATION DES APPORTS, V. **Apport en nature de la propriété d'un bien, Surévaluation des apports en nature.**

EXÉCUTION EN BOURSE, 254.

EXPLOITATION RURALE, apport en société, 208 et s.

EXPLOITATION SOCIALE, 184, 185.

— F —

FAILLITE, apport effectué par un failli, 160 et s.
— du gérant d'une société en participation, 238 et s.

FEMME MARIÉE, apport effectué par une femme : commune en biens, 154 et s. ; mariée sous le régime dotal, 158 ; séparée de biens, 157.

FICTIVITÉ DES APPORTS, V. **Apport fictif.**

FILMS CINÉMATOGRAPHIQUES (APPORT DE), 193.

FONDATEURS DE SOCIÉTÉ ANONYME, 40 et s., 130.
— manœuvres frauduleuses, V. **Dol.**
— qualité de gérants d'affaires, 46.

FONDS DE COMMERCE (APPORT DE), apport « a non domino », 25.
— apport en jouissance, 109.
— obligation de non-concurrence, 261.
— protection des créanciers de l'apporteur, 214 et s., 218.
— publicité, 194.

FRAIS ET HONORAIRES, apport consistant dans le paiement des frais de l'acte de société, 17.

FRAUDES en matière d'apport, V. **Apport frauduleux, Dol.**

FUSION DE SOCIÉTÉS, V. **Apport-fusion.**

— G —

GARANTIE : de la contenance, 263.
— d'éviction, 260.
— du fait personnel, 261.
— de la valeur de l'apport, 229.
— des vices cachés, 262.
— en matière d'apport de créances, 264.

GÉRANTS ET ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS, pouvoir d'effectuer un apport, 164.

GÉRANT DE SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION, 103, 236.

« **GESAMTE HAND** », 105, 106.

— H —

HYPOTHÈQUE légale de la femme mariée, main-levée en cas d'apport d'immeubles communs ou propres au mari, 156.

— I —

IMMEUBLES (APPORT D'), 56, 60, 61, 109, 144, 146, 156.
— terrains, 263.
V. **Transcription hypothécaire.**

INCAPACITÉS, V. **Capacité de l'apporteur.**

INCORPORATIONS DE RÉSERVES au capital social, nature juridique de l'opération, 73 et s.

INDIVISION, 103, 105.

INSTITUTION, notion, 32.

INTERDITS, incapacité, 151.

INTÉRÊTS FIXES (CLAUSE D'), 125.

« **INTUITUS PERSONÆ** », 159, 168, 273, 279.

ITALIE, 85.

— L —

LÉSION en matière d'apport, 169.

LIBÉRALITÉ réalisée sous l'apparence d'une société, 13, 14, 52, 53.

LIBÉRATION DES APPORTS, V. **Réalisation (ou libération) des apports.**

LIQUIDATION DE SOCIÉTÉS, V. **Dissolution et liquidation de sociétés.**

LOUAGE DE CHOSES, comparaison avec l'apport en jouissance, 114, 117 et s.

LOUAGE DE SERVICES, comparaison avec l'apport en industrie, 126 et s.

— M —

MANDAT, apport effectué par un mandataire, 163.

MARCHANDISES (APPORT DE), société en participation, 236, 237.

MARI, pouvoirs en matière d'apport en société, 154 et s.

MEUBLES (APPORT DE), 109, 143, 193.
V. **Biens incorporels.**

MINEUR (APPORT DES BIENS D'UN), émancipé, 145.
— habilité à faire le commerce, 145, 146.
— non émancipé : soumis au régime de l'administration légale, 145 ; soumis au régime de la tutelle, 137 et s., 228.

MUTATION CONDITIONNELLE (THÉORIE DE LA).
V. **Droit fiscal.**

— N —

NAVIRES (APPORT DE), 193.

NÉCESSITÉ DES APPORTS, dans tous les types de sociétés, 9 et s.
— de la part de chaque associé, 13 et s.
— nécessité d'un apport réel, 15 et s.

NOM COMMERCIAL (APPORT DU), 131.

NULLITÉS DE SOCIÉTÉS, 30, 48, 53, 274 et s.
— nullité de la société et nullité de l'apport, 177 et s., 214.

— O —

OBJET de l'apport et objet de la société, 182 et s.

OBLIGATIONS DE L'APPORTEUR, 114, 117, 249 et s.
— obligation de délivrance de la chose apportée, 252.
— obligation de garantie, V. **Garantie.**

— P —

PACTE DE PRÉFÉRENCE, application d'un pacte de préférence en matière d'apport, 212 et s.
— apport en société d'un pacte de préférence, 187.

PARTS DE FONDATEUR (OU BÉNÉFICIAIRES), attribution en contre-partie de biens ou de services, 66 et s., 130.
— droits des parts, 272.
— rachat des parts ou conversion en actions, 82.

PARTAGE DU PATRIMOINE SOCIAL, 91, 99, 270, 271.

PARTICIPATION DE L'APPORTEUR AUX BÉNÉFICES, V. **Droits sociaux.**

PARTICIPATION DE L'APPORTEUR AUX PERTES, 124, 125, 241.
V. **Droits sociaux.**

« **PARTNERSHIP** », 107.

PERSONNALITÉ MORALE, 9, 36, 37, 85, 93, 97, 101, 105, 232, 233, 273.
— de la société anonyme en formation, 39, 40, 44, 46,

PERSONNES POURVUES D'UN CONSEIL JUDICIAIRE, incapacité, 151.

PLACEMENT, opposition du placement et de la spéculation, 140, 148.

POUVOIRS requis de l'apporteur, 135, 153 et s.

PRÊTS : à intérêt, 123 et s.
— à usage, 238, 239.
— avec participation aux bénéfices, 11.
— de consommation, 122, 238, 239.

PRÊTE-NOM, apport effectué par un prête-nom, 28, 163.

PRIMES D'ÉMISSION, nature juridique, 69 et s.

PROMESSE DE SOCIÉTÉ, indication nécessaire des apports, 12.

PROMESSE DE VENTE, apport en société, 21, 187.
V. **Pacte de préférence.**

PROPORTIONNALITÉ DES BÉNÉFICES ET DES PERTES AUX APPORTS, 53, 267.

PROPRIÉTÉ COLLECTIVE, 105.

PUBLICITÉ de l'apport en société, 189 et s.

PURGE des inscriptions hypothécaires, 191.

— Q —

QUASI-USUFRUIT, 238.

— R —

RÉALISATION — OU LIBÉRATION — DES APPORTS, 250 et s.

RÉDUCTION DU CAPITAL SOCIAL, à la suite d'une surévaluation des apports, 172.

RÉGIME DOTAL, 158.

REPRISE DES APPORTS par les associés, 99, 100, 270 et s.
— reprise en nature, 273.
— société nulle, 274 et s

RÉSERVES, V. **Incorporation de réserves.**

RESTITUTION DES APPORTS AUX ASSOCIÉS, V. **Reprise des apports.**

RISQUES, transfert, 114, 243.

— S —

SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DE LA SOCIÉTÉ, V. **Nullités de sociétés.**

SÉPARATION DE BIENS (RÉGIME DE), 157.

SOCIÉTÉS (EN GÉNÉRAL), apport effectué par une société, 164.
— conception contractuelle, 32 et s.
— conception institutionnelle, 32 et s.
— évolution du droit des sociétés, 4.
— financement, 2.
— sociétés de fait, 29 (note 1), 277.
— sociétés de personnes et sociétés de capitaux, opposition, 35, 99.
— sociétés entre époux, 159.
— sociétés entre successibles, 53.
— sociétés fictives ou simulées, 15, 202.
— sociétés léonines, 53.
— sociétés sans apports, étude du principe selon lequel il n'y a pas de sociétés sans apports, 11.

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS, engagement des actionnaires : augmentation, 250 ; caractère civil ou commercial de cet engagement, 57 et s., 61 et s., 138, 139.
— faisant appel à l'épargne publique, 36.
— fictivité des apports, 30.
— libération du quart du nominal des actions de numéraire, 123.
V. **Apports en nature dans les sociétés par actions, Sociétés anonymes, Sociétés en commandite par actions, Souscription d'actions.**

SOCIÉTÉS ANONYMES, capital, 64 et s.
— fondation, 39 et s.
V. **Fondateurs de société anonyme, Sociétés par actions.**

SOCIÉTÉS ANONYMES A PARTICIPATION OUVRIÈRE, 129, 130.

SOCIÉTÉS CIVILES, 56, 149.

SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS, capital social, 64 (note 1).

SOCIÉTÉS EN COMMANDITE SIMPLE, 30, 146.
V. **Commanditaires.**

SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES, 269 (note 1).
— de culture, 205, 211.

SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF, 30, 56, 98, 105, 146, 160.

SOCIÉTÉS EN PARTICIPATION, 10, 11, 103, 148, 211, 235 et s.

SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE, capacité requise des associés, 147.
— capital social, 64 et s.
— fictivité des apports, 30.
— principe de libération immédiate des parts, 115 et s., 123, 128, 187.
— réalisation des apports, 251, 256.
— surévaluation des apports en nature, 223.
— transformation d'une société anonyme ou d'une société en nom collectif en S.A.R.L., 226 et s.

SOINS ET DÉMARCHES DES FONDATEURS, 130.

SOUSCRIPTION D'ACTIONS, caractère commercial, 58 et s.
— nature juridique, 41 et s.
— nullité, 180.
— souscriptions fictives, 28.
— souscriptions simulées, 28.
V. **Exécution en bourse.**

SPÉCULATION, V. **Placement.**

SURÉVALUATION DES APPORTS EN NATURE, 170 et s., 222 et s.
— surévaluation frauduleuse, V. **Dol.**

— T —

TRANSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE, 24, 191.

TRANSFERT DE DROITS OPÉRÉ PAR L'APPORT, 109, 110, 113, 231 et s.
— étendue des droits transférés, 232 et s.
— moment du transfert, 243 et s.

TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ OPÉRÉ PAR L'APPORT, 93 et s., 243 et s.

TRANSFORMATION DE SOCIÉTÉS, V. **Sociétés à responsabilité limitée.**

TUTEUR, pouvoirs en matière de placement, 139 et s., 148.
— responsabilité en cas de surévaluation des apports en nature, 228.

— U —

USUFRUIT, V. Apport en usufruit, Quasi-usufruit.

USURE, 123.

— V —

VALEURS MOBILIÈRES (APPORT DE), 109 (note 2), 122, 195.

VENTE, comparaison entre vente et apport en nature de la propriété d'un bien, 85 et s., 144, 208, 260 et s., 268.

VICES DU CONSENTEMENT, V. Erreur, Dol, Lésion.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Numéros	Pages
INTRODUCTION GÉNÉRALE		
SECTION I : ORIGINALITÉ DE L'APPORT EN TANT QUE MODE DE FINANCEMENT DES SOCIÉTÉS.	2	1
SECTION II : ORIGINALITÉ DE L'APPORT EN TANT QU'OPÉRATION JURIDIQUE.	3	4
§ 1. — *Variations de la notion d'apport en fonction des modifications de la notion de société.*	4	5
§ 2. — *Variations de la notion d'apport en fonction de la nature du bien apporté.*	5	8
PREMIÈRE PARTIE		
NATURE JURIDIQUE DE L'APPORT EN SOCIÉTÉ		
TITRE I. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX COMMUNS A TOUTES LES VARIÉTÉS D'APPORTS		
CHAPITRE I. — *L'APPORT, ELEMENT NECESSAIRE DE LA SOCIETE*	8	16
SECTION I : NÉCESSITÉ DES APPORTS DANS TOUS LES TYPES DE SOCIÉTÉ.	9	18
SECTION II : NÉCESSITÉ D'UN APPORT DE LA PART DE CHAQUE ASSOCIÉ.	13	25
SECTION III : NÉCESSITÉ D'UN APPORT RÉEL.	15	28
§ 1. — *Le bien apporté doit constituer une valeur économique susceptible d'évaluation pécuniaire.*	16	29
§ 2. — *Le bien apporté ne doit pas être grevé d'un passif trop important.*	19	31

	Numéros	Pages
§ 3. — *Le bien apporté doit appartenir à l'apporteur.*	22	35
A) Apport en propriété.	23	36
B) Apport en jouissance.	26	40
C) Apport « a non domino » d'une chose de genre et souscriptions fictives.	28	41
SECTION IV : CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE OU DE LA FICTIVITÉ DES APPORTS.	29	43
CHAPITRE II. — *L'APPORT DANS LA CONCEPTION CONTRACTUELLE ET DANS LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DE LA SOCIETE.*	32	46
SECTION I : DOMAINES D'APPLICATION RESPECTIFS DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE ET DE LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE.	34	48
I. — « De lege ferenda »	35	48
II. — Droit positif français	36	50
SECTION II : CONSÉQUENCES DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE DE LA SOCIÉTÉ A L'ÉGARD DE L'APPORT.	37	52
SECTION III : CONSÉQUENCES DE LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DE LA SOCIÉTÉ A L'ÉGARD DE L'APPORT.	38	54
§ 1. — *La théorie de l'engagement unilatéral des apporteurs et ses antécédents.*	38 bis	54
A) Evolution des théories en matière de fondation d'une société anonyme.	39	55
B) Exposé et critique de la théorie de l'engagement unilatéral des apporteurs.	41	58
§ 2. — *L'existence d'une convention d'apport dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique.*	44	62
CHAPITRE III. — *L'ATTRIBUTION DE DROITS SOCIAUX ET SES CONSEQUENCES SUR LA NATURE JURIDIQUE DE L'APPORT.*	51	73
SECTION I : LE CARACTÈRE D'ACTE A TITRE ONÉREUX ET D'ACTE COMMUTATIF DE L'APPORT.	52	74

	Numéros	Pages
SECTION II. — LE CARACTÈRE CIVIL OU COMMERCIAL DE L'APPORT.	56	80
SECTION III. — L'APPORT ENVISAGÉ COMME ÉLÉMENT DU CAPITAL SOCIAL.	63	89
§ 1. — *La rémunération de l'apport doit-elle toujours s'effectuer au moyen de droits sociaux faisant partie du capital ?*. . . .	65	92
A) L'attribution, en contre-partie de biens ou de services, de parts de fondateur ou titres assimilés.	66	92
B) La nature juridique des primes d'émission.	69	98
§ 2 : — *Tout élément du capital est-il nécessairement constitué par un apport ?*.	73	105
A) La conversion de créances en actions.	73	106
B) Le problème des incorporations de réserves.	73	107
I. — Théorie décomposant l'incorporation de réserves en distribution desdites réserves suivie d'apport. . .	74	108
II. — Théorie du virement direct.	80	115

TITRE II. — CARACTÈRES PROPRES A CHAQUE VARIÉTÉ D'APPORTS

CHAPITRE I. — *L'APPORT EN NATURE DE LA PROPRIETE D'UN BIEN (étudié par comparaison avec la vente)*.	85	125
SECTION I. — L'APPORT EN PROPRIÉTÉ DANS LES SOCIÉTÉS POSSÉDANT LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.	86	127
§ 1. — *La théorie fiscale de la mutation conditionnelle*.	87	127
§ 2. — *La théorie de l'apport, aliénation à titre onéreux*.	93	138
SECTION II. — L'APPORT EN PROPRIÉTÉ DANS LES SOCIÉTÉS DÉPOURVUES DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.	102	152

	Numéros	Pages
§ 1. — *Le droit français.*	103	152
§ 2. — *Législations étrangères.*	105	155
CHAPITRE II. — *L'APPORT EN NATURE DE LA JOUISSANCE D'UN BIEN (étudié par comparaison avec le louage de choses et le prêt de consommation).*	109	162
§ 1. — *L'apport en jouissance d'un corps certain.*	112	165
§ 2. — *L'apport en jouissance d'une chose fongible.*	122	177
CHAPITRE III. — *L'APPORT EN NUMERAIRE (étudié par comparaison avec le prêt à intérêt).* . .	123	181
CHAPITRE IV. — *L'APPORT EN INDUSTRIE (étudié par comparaison avec le louage de services et le contrat d'entreprise).*	126	189
§ 1. — *L'absence de lien de subordination en matière d'apport en industrie.*	127	189
§. 2. — *Le caractère successif de l'apport en industrie.*	128	193
CHAPITRE V. — *L'APPORT EN GARANTIE (étudié par comparaison avec le cautionnement).*	131	201

SECONDE PARTIE

RÉGIME JURIDIQUE DE L'APPORT EN SOCIÉTÉ

TITRE I. — LES CONDITIONS DE L'APPORT

CHAPITRE I. — *LES CONDITIONS TENANT AUX PARTIES.*	135	210
SECTION I. — CAPACITÉ ET POUVOIRS DE L'APPORTEUR.	135	210
§ 1. — *Capacité de l'apporteur.*	136	211
A) Mineurs.	137	211
Première hypothèse : Les règles de capacité exigées tiennent seulement à l'apport.	138	212

	Numéros	Pages
Deuxième hypothèse : Les règles de capacité exigées tiennent avant tout au caractère indéterminé de l'engagement de l'associé.	146	222
B) Interdits et personnes pourvues d'un conseil judiciaire.	151	228
§ 2. — *Pouvoirs de l'apporteur.*	153	229
A) Apport en société effectué par une femme mariée ou par son mari. . .	154	230
B) Apport en société effectué par un failli.	160	236
C) Apport en société effectué par un mandataire.	163	238
D) Apport en société effectué par une personne morale.	164	241
SECTION II. — LE CONSENTEMENT DES PARTIES.	167	244
§ 1. — *L'erreur.*	168	245
§ 2. — *La lésion.*	169	246
§ 3. — *Le dol.*	173	252
SECTION III. — SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION TENANT AUX PARTIES.	177	256
PREMIÈRE ÉVENTUALITÉ : IL EXISTE UN VÉRITABLE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.	178	257
SECONDE ÉVENTUALITÉ : IL EXISTE UN CONTRAT D'APPORT.	180	260
CHAPITRE II. — *L'OBJET ET LA CAUSE DE L'APPORT.*	182	265
CHAPITRE III. — *LA PROTECTION DES INTERETS DES TIERS*	188	277
SECTION I. — LES MESURES DE PUBLICITÉ.	189	278
SECTION II. — LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DE L'APPORTEUR.	197	291
§ 1. — *Le retour du bien apporté dans le patrimoine du débiteur.*	198	292
A) L'apport frauduleux.	199	293
I. — L'action paulienne.	200	293
II. — L'action en déclaration de simulation.	202	297

	Numéros	Pages
B) L'apport d'un bail ou d'un immeuble donné à bail.	203	301
I. — La protection du propriétaire en cas d'apport du bail par le locataire.	203	301
II. — La protection du locataire en cas d'apport, par le propriétaire, du bien donné à bail.	207	308
§ 2. — *L'admission des créanciers personnels de l'apporteur comme créanciers de la société.*	213	314
A) La protection des créanciers de l'apporteur d'un fonds de commerce.	214	315
B) La protection des créanciers en cas d'apport-fusion.	215	318
I. — L'apport de l'actif net. . . .	216	318
II. — L'apport de l'actif brut. .	217	319
SECTION III. — LA PROTECTION DES CRÉANCIERS SOCIAUX.	220	322
A) Protection des tiers contre la surévaluation des apports en nature dans les sociétés par actions.	222	324
B) Protection des tiers contre la surévaluation des apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée.	223	325

TITRE II. — LES EFFETS DE L'APPORT

CHAPITRE I. — *TRANSFERT DE DROITS OPÉRÉ PAR L'APPORT.*	231	335
SECTION I. — ETENDUE DES DROITS CONFÉRÉS PAR L'APPORT EN CAS DE SILENCE DU PACTE SOCIAL. . . .	232	335
§ 1. — *Sociétés possédant la personnalité morale.*	233	336
§ 2. — *Sociétés en participation.*	235	338
SECTION II. — MOMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES.	243	348

	Numéros	Pages
CHAPITRE II. — *OBLIGATIONS DE L'APPORTEUR*.	249	354
§ 1. — *Réalisation de l'apport*.	250	354
§ 2. — *Garantie de l'apport*.	260	365
CHAPITRE III. — *DROIT DE L'APPORTEUR A UNE PART D'INTERET OU A DES ACTIONS*. .	266	371
CHAPITRE IV. — *DROIT DE L'APPORTEUR A LA RESTITUTION DE SES APPORTS*.	269	374
A) Restitution des apports aux associés, en cas de dissolution de la société.	270	375
B) Restitution des apports en cas de nullité de la société.	274	380
CONCLUSION.	278	383
BIBLIOGRAPHIE.		387
TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES.		397
TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES.		411

VU :
Le Président de la thèse,
R. HOUIN.

VU :
Le Doyen,
P. BOUZAT.

N° 1346/S/M.C.
VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Rennes, le 4 juin 1953
Le Recteur de l'Académie de Rennes,
P. HENRY.

IMPRIMERIES RÉUNIES
- Société Coopérative -
22, rue de Nemours, 22
—— RENNES ——